

# Diritto e politica dei trasporti

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

**Fascicolo 2/2024**

Con i contributi di  
**Andrea De Lia, Francesco Tomasicchio, Gabriele Pisanti,  
Maria Pia d'Antuono, Maria Lavalle, Antonio Cecere,  
Federica D'Andrea, Emma Maresca, Roberta Brignoccolo**

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 febbraio 2025

#### Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file ".doc" alla direzione della Rivista ([direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it](mailto:direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it)) o alla Segreteria editoriale ([redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it](mailto: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](mailto:direzione@dirittoepoliticadeitrasporti.it)) or to the Editorial Staff ([redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it](mailto: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 e Pontificia Università Gregoriana)  
 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 Empananza 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 Gaspari .....p. 105

## **ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS**

*La responsabilità da circolazione stradale negli Stati Uniti d’America in prospettiva comparata con il sistema italiano*

Andrea De Lia .....p. 109

*Il ricorso all’in house providing nel trasporto pubblico locale tra novità legislative e giurisprudenziali*

Francesco Tomasicchio .....p. 183

*La tutela dei passeggeri aerei a seguito della delibera ART n. 92/2024. Un ne bis in idem sostanziale tra ART ed ENAC?*

Gabriele Pisanti .....p. 223

*Data Protection e Data Retention: la sicurezza nell’uso dei dati PNR*

Maria Pia d’Antuono .....p. 245

## **NOTE A SENTENZA/LAW NOTES**

*La legittimità del divieto di assegnazione delle bande orarie dopo le ore 22:00 nell’aeroporto di Ciampino: la sentenza del T.A.R. Lazio n. 3030/2024*

Maria Lavalle .....p. 269

*Inammissibile la domanda cautelare ex articolo 700 c.p.c. in materia di immissioni acustiche aeroportuali: la materia è riservata al giudice amministrativo in via esclusiva*

Antonio Cecere .....p. 281

*Concessioni demaniali marittime: la Consulta si pronuncia sulla legge di stabilità della Regione Sicilia 2023-2025.*

Federica D’Andrea .....p. 289

## **CASI E QUESTIONI/ CASES AND ISSUES**

*I finanziamenti statali ad Alitalia: quali conseguenze per i creditori prededucibili*

Emma Maresca .....p. 305

*Il tentativo di conciliazione stragiudiziale, da condizione di procedibilità a strumento facoltativo: un’analisi critica*

Roberta Brignoccolo .....p. 309



# 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

Come il primo, anche il secondo numero del 2024 di *Diritto e Politica dei Trasporti* ospita contributi di rilievo, non solo sul piano teorico, ma anche su quello applicativo.

Nel primo saggio, Andrea De Lia affronta il tema della responsabilità da circolazione stradale in chiave comparata Italia-Stati Uniti. Molteplici sono gli aspetti passati in rassegna dall’A., con ampi riferimenti alla giurisprudenza formatasi nei due Paesi. L’A. si sofferma in particolare sulla responsabilità colposa e dolosa, con specifico focus sulla differenza tra dolo eventuale e colpa cosciente (o con previsione). In tale ambito, molto interessante – anche per le conseguenze che ne derivano sul piano sanzionatorio – è l’analisi del concetto di *recklessness*, inteso come una forma di colpa con previsione. Nella seconda parte del saggio, l’A. si sofferma su alcune problematiche relative alla circolazione di veicoli a guida assistita e di quelli a guida autonoma, nonché sul problema della sicurezza della circolazione stradale.

Il contributo di Francesco Tomasicchio – il ricorso all’*in house providing* nel trasporto pubblico locale – è particolarmente importante, anche per le sue ricadute applicative. L’A. si sofferma sul problema dei diversi modelli di gestione, mettendo in evidenza come il settore del tpl abbia tradizionalmente rappresentato un’eccezione all’obbligo di esternalizzazione dei servizi per il legislatore europeo. Tale eccezione è stata – ad avviso dell’A. – ridimensionata in seguito all’adozione del d.lgs. n. 201/2022, anche se sia il legislatore sia la giurisprudenza sembrano aver equiparato i modelli di gestione dell’affidamento *in-house* e dell’affidamento tramite il ricorso al mercato.

Lo scritto di Gabriele Pisanti affronta il tema della tutela dei passeggeri aerei che, nell’ordinamento italiano, è di competenza sia dell’ENAC sia dell’ART. L’A. si focalizza in particolare sul contenuto della delibera ART n. 92/2024, mettendone in evidenza alcune possibili criticità, specialmente il potenziale conflitto di competenze tra ART ed ENAC. Il focus specifico è sulla previsione della compensazione automatica per i passeggeri del trasporto aereo, in caso di mancata o tardiva risposta al proprio reclamo, tramite il portale *Conciliaweb* da parte dei vettori aerei o dei gestori aeroportuali. L’A. si chiede se, in particolare, tale misura possa costituire un sostanziale (o potenziale) *ne bis in idem* o è comunque da ritenersi illegittima secondo i principi della normativa eurounitaria e nazionale.

L’articolo di Maria Pia D’Antuono riguarda un tema attuale e molto importante, quello della protezione dei dati. L’A. si focalizza specificamente sulla sicurezza nell’uso dei dati *Passenger Name Record* (PNR) o Codice di prenotazione, muovendo dalla normativa rilevante in materia: il Regolamento (UE) 679/2016 e le Direttive UE 680/2016, concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzioni di sanzioni penali, e 681/2016, sull’utilizzo dei dati PNR ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale in relazione a reati di terrorismo e reati gravi. Nella seconda parte del lavoro, l’A. esamina un aspetto molto rilevante: *Data Retention* e riconoscimento biometrico, analizzato prendendo spunto dal caso Ryanair.

Anche le note a sentenza pubblicate nella rilevante sezione del fascicolo riguardano temi molto interessanti e attuali.

La nota di Maria Lavallo riguarda una recente pronuncia del Tar Lazio (sentenza n. 3030/2024) avente ad oggetto l'ordinanza con cui l'ENAC ha vietato l'assegnazione delle bande orarie dopo le ore 22:00 nell'aeroporto di Ciampino.

Antonio Cecere annota invece una recente sentenza del Tribunale di Napoli che ha dichiarato inammissibile, per difetto di giurisdizione, la domanda cautelare ex art. 700 c.p.c. in materia di immissioni acustiche aeroportuali. La "materia", secondo il Tribunale di Napoli, appartiene alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo.

Il contributo di Federica D'Andrea riguarda il tema delle concessioni demaniali marittime e analizza una recente sentenza della Corte costituzionale (n. 109/2024) che si è pronunciata sulla legge della Regione Sicilia 22 febbraio 2023 n. 2 (Legge di stabilità regionale 2023-2025).

La sezione *Casi e questioni* ospita due contributi: uno di Emma Maresca che, muovendo dalla sentenza n. 17/2017 con la quale il Tribunale di Civitavecchia ha dichiarato lo stato di insolvenza di Alitalia e fissato termini per la presentazione delle domande di insinuazione al passivo e l'esame dello stato passivo, esamina l'impatto dell'art. 31 del decreto legge n. 48/2023 (recante "*Completamento dell'attività liquidatoria Alitalia*") sulla possibilità di recupero dei crediti insinuati al passivo, in prededuzione, da parte di creditori diversi dallo Stato. Il secondo contributo è a firma di Roberta Brignoccolo, la quale analizza una recente sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte (Sezione III, sentenza 28 ottobre 2024, n. 1093) che affronta la questione della esatta portata da attribuire al tentativo di conciliazione in materia di diritti dei passeggeri garantiti dalla normativa eurounitaria (Regolamento (CE) n. 261/2004).

Anche nel secondo numero del 2024 vengono dunque affrontati molteplici temi, che assumono rilevanza sia sul piano scientifico sia su quello operativo. Auguriamo a tutti buona lettura!

## ARTICOLI E SAGGI



## La responsabilità da circolazione stradale negli Stati Uniti d'America in prospettiva comparata con il sistema italiano\*

Andrea De Lia

Avvocato cassazionista. Docente a contratto di Diritto penale presso l'Università di Padova. Abilitato alle funzioni di Professore associato di Diritto penale

### Abstract

*Road traffic liability in the United States of America in comparative perspective with the Italian system.*

*The paper develops reflections about road traffic liability in the United States and some parallels with the Italian system. We will focus, first of all, on negligent liability for homicide and personal injury, as well as on the offenses which have as their object the creation of unauthorized risks, including those which sanction driving while impaired by the intake of alcohol and narcotics. Attention will also focus on the (labile) borderline between culpable liability and malice aforethought, which also involves the concept of recklessness, which represents a form of negligence with awareness. This will be followed by the discussion of some problems relating to the circulation of assisted-driving and automatic vehicles. Following the presentation of some data that contribute to defining the extent and characteristics of the road traffic safety problem, finally, some de iure condendo proposals will be outlined.*

*Nel saggio si analizzerà la responsabilità da circolazione stradale negli Stati Uniti e si svilupperanno alcuni paralleli con il sistema italiano. Ci si soffermerà, innanzitutto, sulla responsabilità colposa per fatti di omicidio e di lesioni personali, nonché sulle fattispecie che hanno ad oggetto la creazione di rischi non consentiti, tra cui quelle che sanzionano la guida in stato di alterazione da assunzione di sostanze alcoliche e stupefacenti. L'attenzione si soffermerà, altresì, sulla (labile) linea di confine tra responsabilità colposa e quella per dolo (eventuale), che involge, altresì, il concetto*

\* Sottoposto a referaggio.

di recklessness, che rappresenta una forma di colpa con previsione. Seguirà la trattazione di alcune problematiche che attengono alla circolazione di veicoli a guida assistita e di quelli automatici. A valle dell'esposizione di alcuni dati che contribuiscono a definire l'entità e le caratteristiche del problema della sicurezza della circolazione stradale, si tratteggeranno, infine, alcune riflessioni de iure condendo.

*Key words: Road traffic; Liability; U.S. System; Autonomous vehicles; Comparative law.*

*Parole chiave: Circolazione stradale; Responsabilità da sinistro; Sistema statunitense; Veicoli a guida autonoma; Diritto comparato.*

**Sommario** – 1. Premesse – 1.1. Alcuni dati statistici. – 1.2. Il contesto criminologico – 2. Cenni alla responsabilità civile da circolazione stradale negli States – 3. La *criminal liability* e le scelte di incriminazione di condotte di guida colpose con effetti lesivi a carico della persona – 3.1. Il nucleo normativo della colpa – 3.1.1. La *common law negligence* – 3.1.2. La *reasonable person* – 3.2. L'accertamento eziologico. La *proximate cause* ed il ruolo giocato da *foreseeability* e *avoidability* – 3.3. La colpa della vittima e l'autoesposizione a pericolo come fattore causale concorrente – 3.4. La *proximate cause* e i fattori eziologici sopravvenuti. L'emblematico caso della *malpractice* medica – 4. La responsabilità penale "da rischio" – 4.1. Le "DUI" (*driving under influence*) offenses – 4.2. Segue. Le "DUI" offenses e la *restorative justice* – 4.3. Cenni alle "hit and run" offenses – 4.4. Le *vehicular manslaughter under influence offenses* – 4.5. Quando il rischio determina l'addebito a titolo di dolo – 5. Cenni alla questione della responsabilità da circolazione di veicoli a guida autonoma – 5.1. Lo stato attuale dell'evoluzione tecnologica ed il quadro regolatorio – 5.2. I veicoli a guida autonoma e la *product liability* – 5.3. Gli *autonomous vehicles* e la responsabilità penale – 6. Conclusioni.

### 1. Premesse

Il tema della responsabilità da circolazione veicolare è cruciale nel contesto contemporaneo, nel quale i dati statistici sollevano una persistente preoccupazione per la sicurezza stradale, sia in Italia sia negli Stati Uniti.

La prima osservazione che emerge dall'analisi comparativa, come si avrà modo di constatare, è il tasso di sinistrosità, che in Italia supera quello statunitense. Tuttavia, è fondamentale notare che negli States il tasso di incidenti con esiti mortali o lesioni gravi è significativamente più elevato rispetto al nostro Paese; questo elemento genera, allora, interrogativi sulle cause di siffatto fenomeno.

Gli studi recenti, come meglio pure si illustrerà in corso d'opera, suggeriscono, allora, come negli Stati Uniti siano la guida in stato di alterazione da assunzione di sostanze alcoliche e stupefacenti e l'eccesso di velocità a giocare un ruolo assai significativo rispetto all'incidenza degli eventi lesivi a carico degli utenti della strada.

Quanto al confronto tra il sistema di responsabilità civile italiano e la *tort law* statunitense, esso rivela interessanti peculiarità: in Italia la responsabilità civile tende a essere più orientata alla protezione del danneggiato, garantendo il risarcimento dei danni pur in presenza di autoesposizione a pericolo da parte della vittima.

Al contrario, negli Stati Uniti, la corresponsabilità della vittima nella provocazione del sinistro può condurre a esiti giuridici radicalmente diversi, per cui il diritto al risarcimento può essere seriamente compromesso da una valutazione negativa della condotta del danneggiato stesso. Questa diversità normativa non solo influisce sulla distribuzione delle responsabilità, ma anche sulla percezione sociale della giustizia, inserendosi nell'alveo di un ampio ed acceso dibattito su quali siano le giuste misure di protezione per i cittadini.

Dal punto di vista del diritto penale, una delle analogie che verranno segnalate tra il contesto italiano e quello statunitense è rappresentata dal fatto che, negli ultimi anni, i legislatori hanno puntato fortemente sullo *ius criminale*, attraverso un continuo processo di *law enforcement*, che si è concretizzato nell'introduzione di nuove figure incriminatrici nonché nell'innalzamento del carico sanzionatorio.

Ciò nonostante, molti Stati federati limitano la responsabilità penale ai casi di colpa grave o, addirittura, di *recklessness*, tanto che l'approccio ai sinistri stradali è connotato, almeno in teoria, da un rilevante contenimento del raggio d'azione del *criminal law*, i cui effetti sono posti in luce da una vasta serie di casi giurisprudenziali, alcuni dei quali formeranno oggetto di disamina.

L'indeterminatezza del concetto di *gross negligence*, tuttavia, determina un'ampia discrezionalità da parte delle corti, che si manifesta attraverso orientamenti particolarmente ondivaghi, che fanno registrare talora il depotenziamento giurisprudenziale dei parametri della *foreseeability* e della *avoidability*, che dà luogo, a sua volta, a forme di responsabilità oggettiva "occulta" per gli eventi-morte o lesioni personali.

Per di più, come pure si avrà modo di chiarire, la *recklessness*, quale forma di colpa con previsione, si pone su di uno scivoloso confine con il dolo eventuale (*malice aforethought*), che fa trascendere il *manslaughter* (omicidio colposo) in *murder of second degree* (omicidio doloso), con effetti niente affatto trascurabili in ordine alle conseguenze sanzionatorie a carico del reo. Tutto ciò riecheggia, allora, la simile questione interpretativa insorta in Italia, cui pure si farà cenno.

L'analisi delle numerose fattispecie di pericolo previste negli ordinamenti statunitensi, frutto di scelte di criminalizzazione assai diverse da quelle attuate dal legislatore italiano, nonché delle *DUI offenses*, che prevedono sanzioni assai severe, soprattutto in caso di recidiva, inviterà a riflettere sull'efficacia di tale approccio punitivo.

Ciò sospingerà a considerare, in altri termini, se lo strumentario penale sia o meno idoneo a prevenire efficacemente comportamenti pericolosi alla guida o se, piuttosto, sia necessario immaginare nuovi piani d'azione, da coltivarsi su terreni diversi e paralleli al *criminal law*. In particolare, si sosterrà che una sensibilizzazione diffusa sui pericoli e sulle conseguenze delle violazioni delle norme stradali potrebbe rivelarsi assai più idonea al contenimento del rischio rispetto a una risposta esclusivamente punitiva.

Guardando al futuro, l'avvento di veicoli a guida assistita e autonoma, come pure si osserverà, rappresenta una sfida che chiama in campo un nuovo protagonista, ovverosia il produttore, e che sembra imporre un significativo ripensamento delle normative vigenti. La capacità di queste tecnologie di ridurre la frequenza e la gravità degli incidenti è oggetto di dibattito, ma apparrebbe chiaro come il legislatore debba preparare il terreno a nuove questioni di responsabilità e di sicurezza. Si spera, allora, che il *focus*, anche in questa prospettiva, non si limitasse ad una semplice minaccia di pena, ma che si orientasse verso sinergiche strategie di prevenzione, che possano accompagnare il graduale processo tecnologico.

Sicché, in questa sede, ci si propone non solo di analizzare le differenze e le affinità tra i due ordinamenti e di formulare osservazioni critiche, ma anche di suggerire una riflessione su come le normative possano evolvere per affrontare le sfide emergenti della circolazione veicolare. In questo modo, si auspica un futuro in cui la responsabilità non sia solo un concetto giuridico, ma un valore pienamente condiviso, necessario a garantire una maggiore sicurezza per tutti gli utenti della strada.

### 1.1. Alcuni dati statistici

Al fine di meglio inquadrare il tema oggetto di analisi, non sembra affatto inopportuno fornire alcuni dati statistici relativi alla sinistrosità correlata alla circolazione stradale, illustrando in parallelo, nella tabella di sotto riportata, il contesto italiano e quello statunitense.

Dati riferiti a:	Italia	Stati Uniti
Numero abitanti	59 milioni	334 milioni
Numero veicoli a motore	52,9 milioni	278 milioni
Numero veicoli ogni cento abitanti	89,6	83,3
Cilindrata media dei veicoli circolanti	1.400 cc	3.000 cc
Media chilometri percorsi per abitante per anno	10.700	21.000
Media ore giornaliere al volante per abitante	1h e 29 min.	1h e 7 min.
Numero sinistri per anno	1,6 milioni	6,7 milioni
Numero sinistri ogni cento abitanti per anno	2,7	2
Numero sinistri con esiti mortali per anno	3.000	43.000
Numero sinistri con esiti mortali ogni cento abitanti per anno	0,005	0,013
Numero sinistri con feriti per anno	162.900	2,3 milioni
Numero sinistri con soli danni alle cose per anno	1,5 milioni	4,4 milioni
Dati aggiornati all'anno 2022. <sup>1</sup>		

1. I dati relativi agli Stati Uniti d'America sono stati forniti da *U.S. Census Bureau; U.S. Department of Transportation*

Dai dati, dunque, sembra potersi dedurre come, sebbene in Italia il tasso di sinistrosità sia più elevato, cionondimeno negli *States* gli incidenti sortiscano sovente conseguenze lesive a carico delle persone, in termini di morte e lesioni.

Così come rilevante differenza risiede nei chilometri percorsi al volante dagli automobilisti americani, con vetture di alta cilindrata, che evidentemente si lega ad andature di guida a velocità sostenuta.

## 1.2. Il contesto criminologico

Prima di volgere l'attenzione alla responsabilità da circolazione autoveicolare sul piano giuridico, sembra utile sviluppare, inoltre, qualche breve cenno ai “*vehicular offenders*”, ovvero sia abbozzare una profilazione dei soggetti responsabili, negli Stati Uniti (ove sono state stilate analisi assai più dettagliate di quelle condotte in Italia), di sinistri con esiti lesivi o mortali, nonché di taluni specifici reati stradali e, più di preciso, la guida in stato di alterazione e la fuga dopo l'incidente che, per quanto subito appresso si evidenzierà, rappresentano un *framework* influenzato da fattori demografici e comportamentali significativi.

Secondo gli studi riportati dalla Rivista *BMJ*, e dalla *NHTSA* (vd. il *report* dal titolo *Young drivers*, relativo all'anno 2022, pubblicato sul sito web istituzionale), la guida sotto l'effetto di alcool, infrazione particolarmente frequente in orari serali/notturni e nei fine settimana, coinvolge soprattutto soggetti di sesso maschile, in età compresa tra i 21 ed i 34 anni.<sup>2</sup> Si tratta, per di più, di una fascia d'età in cui molti sono dediti alla pratica del c.d. “*binge drinking*”, ovvero sia allo “*sballo da sabato sera*”.<sup>3</sup>

Negli anni 2014-2018, tra il 57% e il 70% di coloro che sono stati fermati dalle autorità per guida in stato di alterazione da assunzione di bevande alcoliche ha dichiarato, peraltro, di aver tenuto lo stesso comportamento almeno una volta nei trenta giorni precedenti; circa un terzo dei sinistri con esiti mortali registrati nello stesso arco temporale è risultato correlato, per l'appunto, alla guida in stato di ebbrezza.<sup>4</sup>

Altro fattore di rilevante incidenza sul numero dei sinistri con esiti mortali è, poi, lo *speeding* (eccesso di velocità) che, per circa il 40% riferibile a individui nella fascia d'età compresa tra i 16 ed i 24 anni, per quanto riportato da *NHTSA* in un *report* relativo all'anno 2022 (*Traffic Safety Facts*

*Federal Highway Administration; NHTSA – National Highway Traffic Safety Administration; U.S. Environmental Protection Agency; Consumer Affairs – Journal of Consumer Research; BTS – Bureau of Transportation Statistics; FTS – Foundation for Traffic Safety.* Le fonti dei dati italiani sono: ACI-Automobile Club d'Italia; ISTAT; UNRAE – Unione Nazionale Rappresentati Autoveicoli Esteri; IVAS – Istituto per la Vigilanza delle Assicurazioni; Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; Rivista *Al Volante*.

2. Il 75% delle infrazioni al divieto di guida in stato d'ebbrezza, secondo *NHTSA*, si riferisce a soggetti tra i 18 e i 44 anni d'età.

3. Su questo fenomeno, vd. A.M. WHITE E ALT., *Binge drinking*, in *Alcohol Research*, 2018, 1, p. 1 ss.

4. Vd. V. BARRY E ALT., *Alcohol-impaired driving among adults. U.S.A., 2014-2018*, in *Injury Prevention*, 2022, 2, p. 211 ss.

– *Summary of motor vehicle traffic crashes*, consultabile sul sito internet dell'istituzione), coprirebbe circa un ulteriore terzo del totale.

Ai fattori di rischio sopra menzionati (guida in stato d'ebbrezza ed eccesso di velocità) si aggiungono i casi di *distracted driving* che, secondo gli studi di NHTSA, provocherebbe l'8% dei sinistri con esiti fatali,<sup>5</sup> mentre la riconducibilità degli incidenti a difetti del veicolo risulta oggetto di dati statistici contrastanti, con stime oscillanti tra il 2 ed il 12%.<sup>6</sup>

Così come emergono dati non uniformi sul territorio statunitense anche per quanto concerne i sinistri dovuti a difetti delle strade (buche, carenze di progettazione, omessa segnalazione di ostacoli e vizi della segnaletica), con variazioni non irrilevanti da Stato a Stato, anche se, in media, tale fattore (per quanto ricavabile da diversi *report*, tra cui quelli pubblicati dalla rivista *Claims Journal*) sembra incidere orientativamente nella misura del 3% sul volume complessivo degli incidenti, laddove, sulla base di quanto riportato da varie istituzioni che si occupano dell'elaborazione di statistiche nel settore, un ulteriore 8% dei *vehicular accidents* sarebbe causato dalla guida in stato di alterazione da consumo di stupefacenti.<sup>7</sup>

Quanto ai reati di fuga ("*hit and run offenses*", su cui vd. anche *infra*), secondo quanto riportato dalla *Foundation for Traffic Safety* (nel rapporto *Hit and run crashes: prevalence, contributing factors and countermeasures*, pubblicato nel 2018 sul sito *web* dell'ente), i responsabili di tali illeciti sarebbero, in larghissima parte, soggetti sprovvisti di coperture assicurative o del titolo di guida, o in possesso di un pregresso *curriculum* criminale e, in particolare, con precedenti proprio nel settore delle *vehicular offenses*, tanto che la leva sembrerebbe essere rappresentata, nella prospettiva da ultimo descritta, proprio dal timore degli effetti promananti dalla recidiva, soprattutto quella specifica.

Alla luce delle analisi condotte in ordine all'influenza di fattori socioeconomici sulle *vehicular offenses*, inoltre, si può osservare che vi sono dati statistici che attestano un sovradimensionamento di soggetti appartenenti a classi svantaggiate, disoccupati o senza un lavoro stabile. Siffatti elementi riflettono alcuni precisi elementi di contesto, rappresentati dalla scarsa educazione stradale, dalla disponibilità di veicoli in precarie condizioni di manutenzione, dalla necessità di lunghi spostamenti in auto dovuti all'esigenza di reperire occupazione, o comunque allo svolgimento di

5. Su questo argomento, vd. N.A. ASHFORD E ALT., *Distracted driving: testing the contours of the law and public policy*, in *Pennsylvania Law Review*, 2021, 1, p. 113 ss.

6. Vd. K. ADANU E ALT., *Injury-severity analysis of crashes involving defective vehicles and accounting for the underlying socioeconomic mediators*, in *Helyon*, 2024, 2, p. 1 ss.

7. Dal rapporto dell'ISTAT pubblicato a luglio 2024, relativo all'anno 2023, dal titolo *Incidenti stradali*, reperibile sul sito *web* dell'ente, invece, risulterebbe che i sinistri con esiti lesivi a carico di persone in cui sarebbero stati coinvolti automobilisti in stato di alterazione da assunzione di bevande alcoliche o stupefacenti sarebbe pari al 10%. Questa tipologia di sinistri sarebbe riconducibile, inoltre, per l'8% circa ad eccesso di velocità e per il 15% alla guida distratta. Soltanto lo 0,4% degli incidenti, infine, risulterebbe imputabile, in Italia, a buche e altri *road defects*. Talché, mentre in Italia la violazione di regole attinenti alla circolazione stradale diverse dalla guida in stato di alterazione e dall'eccesso di velocità costituisce la causa più frequente degli incidenti, tali fattori risultano di impatto notevolmente superiore negli *States*.

*vehicle-related jobs*, scarsamente remunerati e non infrequentemente svolti con orari di lavoro massacranti.<sup>8</sup>

Quanto, ancora, ai fattori ambientali e temporali, studi condotti sul campo mostrano frequenze anomale di incidenti con esiti lesivi a carico delle persone nelle fasce orarie notturne e nei *weekend* (in ragione, come si è accennato, della diffusione del fenomeno della guida in stato di alterazione, ma anche delle più lunghe percorrenze) e che circa il 60% del volume complessivo dei sinistri con esiti fatali è rappresentato da quelli che si verificano nei centri urbani.<sup>9</sup>

## 2. Cenni alla responsabilità civile da circolazione stradale negli States

La responsabilità civile da circolazione veicolare negli Stati Uniti ha attraversato una significativa evoluzione dal momento in cui i primi veicoli a motore sono comparsi sulle strade. Inizialmente, difatti, le corti statunitensi affrontarono i casi legati ai sinistri stradali con esiti lesivi con una certa “benevolenza” verso l’automobilista, anche a causa della novità del mezzo di trasporto e del contesto normativo ancora in fase di definizione.<sup>10</sup>

Tuttavia, man mano che il numero di veicoli a motore cominciò ad aumentare, le aspettative sul comportamento degli automobilisti mutarono drasticamente. L’approccio giurisprudenziale, così, è progressivamente evoluto per riflettere una maggiore consapevolezza del rischio legato alla guida e della necessità di un più rigoroso rispetto delle regole di sicurezza stradale.

La diffusione degli autoveicoli, del resto, si accompagnò anche a una trasformazione nella percezione del mezzo: da un oggetto di lusso riservato a pochi, esso divenne uno strumento disponibile per un sempre più ampio numero di americani e questa familiarità, unita al progresso tecnologico che rese i veicoli sempre più sicuri e affidabili, spinse le corti a sviluppare un approccio giuridicamente più strutturato a tale specifico settore della *tort law*.

La giurisprudenza, così, iniziò ad assumere atteggiamenti più severi nei confronti dei trasgressori, ma anche a mostrare alcune, limitate aperture alla valorizzazione non solo del comportamento tenuto dal conducente, ma anche delle circostanze del sinistro, come le condizioni della strada, il malfunzionamento del veicolo e la portata causale di fattori esterni posti in essere da terzi.

Al contempo, l’evoluzione delle scienze, in particolare della meccanica, dell’ingegneria e della medicina legale, cominciò ad offrire nuovi strumenti per valutare le dinamiche degli incidenti, arricchendo il processo civile e consentendo un’analisi più precisa delle cause degli eventi lesivi.<sup>11</sup>

8. In argomento, vd. D. MITSOVA E ALT., *Crash risk for low-income and minority populations: an examination*, 1 gennaio 2021, in [www.roadsafety.unc.edu](http://www.roadsafety.unc.edu).

9. Ciò per quanto riportato da NHTSA in *Rural/urban comparison of motor vehicle traffic fatalities*, aggiornato al mese di maggio del 2024, reperibile sul sito *web* dell’ente. Di contro, secondo i più recenti dati riportati dall’ISTAT, in Italia vi sarebbe sostanzialmente un equilibrio tra esiti fatali occorsi su strade urbane ed extraurbane.

10. Cfr. H.B. BROWN, *The status of the automobile*, in *Yale Law Journal*, 1909, 1, p. 223 ss.; X.P. HUDDY, *The law of automobiles*, Albany, 1922 (rist.), *passim*.

11. In argomento, vd. K. GRAHAM, *Of frightened horses and autonomous vehicles: tort law and its assimilation of*

A tale ultimo riguardo, si può rilevare, allora, che l'accertamento del nesso causale nella responsabilità civile, in cui si annovera quella da circolazione veicolare, si fonda, ancor oggi, sulla dottrina del “*but for*” e sul concetto di “*substantial factor*”,<sup>12</sup> che guida le corti nella valutazione della responsabilità quando il comportamento dell'automobilista si inserisca in un fascio più ampio di elementi causali, nel senso che la logica condizionalistica si lega ad una ponderazione dell'impatto di un fattore eziologico, escludendo la rilevanza di quello che dovesse risultare di “minima importanza”.<sup>13</sup>

Così come in Italia,<sup>14</sup> si tratta di un modello causale differenziato rispetto a quello impiegato nel diritto penale (su cui ci si soffermerà da qui a breve), in ragione dell'applicazione della regola del “più probabile che non”, anziché del *beyond any reasonable doubt*.<sup>15</sup>

Un altro aspetto cruciale nella valutazione della responsabilità è il ruolo della violazione delle regole sulla circolazione. La giurisprudenza americana, a tal riguardo, è concorde nel ritenere che l'infrazione di norme specifiche sulla viabilità, come il superamento del limite di velocità o il mancato rispetto di un segnale di *stop*, possa innescare una presunzione di negligenza (il riferimento è alla “*negligence per se doctrine*”). Tuttavia, questa presunzione non è assoluta, potendo il convenuto nell'azione risarcitoria dimostrare di non aver potuto prevedere e/o evitare la violazione della regola cautelare e, conseguentemente, l'evento lesivo.<sup>16</sup>

La *foreseeability* e la *avoidability* si focalizzano, allora, innanzitutto, sulla *duty of care* (in termini di possibilità, *in radice*, dell'individuo di percepire la situazione di fatto e di rischio, con conseguente adattamento del proprio comportamento di guida allo *standard of care*, al fine di evitare

*innovations*, in *Santa Clara Law Review*, 2012, 4, p. 1241 ss., il quale ha operato un interessante parallelismo tra lo “smarrimento tecnologico” correlato alla diffusione dei primi veicoli a motore con quello pronosticabile in ordine all'approccio alla circolazione di veicoli a guida autonoma, su cui ci si soffermerà da qui a breve. Analogamente, vd. T.H. PEARL, *Hands off the wheel: the role of law in the coming extinction of human-driven vehicles*, in *Indiana Law Journal*, in *Harvard Journal of Law & Technology*, 2020, 2, p. 428 ss.

12. R.W. WRIGHT, *Causation in tort law*, in *California Law Review*, 1985, 6, p. 1735 ss.; D.M. CLARKE, *Causation and liability in tort law*, in *Jurisprudence*, 2014, 5, p. 217 ss.; J.S. DILLBARY, *Causation actually*, in *Georgia Law Review*, 2016, 1, p. 1 ss.; M. GILBOA, *Multiple reasonable behaviours cases: the problem of underdetermination in tort law*, in *Legal Theory*, 2019, 2, p. 77 ss.; H.J. BAVLI, *Counterfactual causation*, in *Arizona State Law Journal*, 2019, 4, p. 879 ss.

13. Sulle criticità di tale paradigma, che si rivela nella prassi un “*artificio di magia*”, vd. D.B. DOBBS, *The law of torts*, St. Paul, 2000, p. 416. In argomento, vd. anche P. ZABLOTSKY, *Mixing oil and water: reconciling the substantial factor and results within the risk approaches to proximate cause*, in *Cleveland State Law Review*, 2007, 4, p. 1003 ss.

14. In argomento vd., *ex multis*, C. PIERGALLINI, “*Civile*” e “*penale*” a perenne confronto: l'appuntamento di inizio millennio, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 4, p. 1299 ss.

15. Vd. K. CLERMONT, *A theory for evaluating evidence against the standard of proof*, in *Pennsylvania State Law Review*, 2023, 2, p. 127 ss.

16. N. FREEMAN ENGSTROM, *When cars crash: the automobile's tort legacy*, in *Wake Forrest Law Review*, 2018, 2, p. 294 ss. (spec. 308). Sulla *negligence per se doctrine* si tornerà da qui a breve.

il danno che ne consegue) ma, nel contempo, attraverso la *proximate cause*<sup>17</sup> (che rappresenta un modello impiegato anche in *criminal law*, vd. *infra*), esse diventano criteri potenzialmente idonei<sup>18</sup> ad escludere la responsabilità anche in costanza di consapevole violazione della regola comportamentale, nel caso di decorsi causali anomali e non ragionevolmente pronosticabili dal soggetto agente.<sup>19</sup>

Quanto alle ipotesi di “colpa collettiva” e, in particolare, della corresponsabilità di chi si assume danneggiato/vittima del sinistro,<sup>20</sup> in alcuni Stati americani si prevede, in base alla “*contributory negligence doctrine*”, che, qualora tale soggetto abbia contribuito, anche in minima misura, al verificarsi del danno, il risarcimento è del tutto escluso.

17. Nella sterminata letteratura, solo per citare alcune delle riflessioni più significative, vd. R.E. KEETON, *Legal cause in the law of torts*, 1963, Columbus; P. KEETON, W.L. PROSSER, *Prosser and Keeton on the law of torts*, St. Paul, 1984, p. 263 ss.; V.E. SCHWARTZ, K. KELLY, D.F. PARTLETT, *Prosser, Wade, and Schwartz's torts: cases and materials*, New York, 1988, p. 288 ss.; P.J. KELLEY, *Proximate cause in negligence law: history, theory, and the present darkness*, in *Washington University Law Quarterly*, 1991, 1, p. 49 ss.; P.C. HALEY, *Paradigms of proximate cause*, in *Tort & Insurance Law Journal*, 2000, 1, p. 147 ss.; M.L. WELLS, *Proximate cause and the American Law Institute: the false choice between the direct consequences test and the risk standard*, in *University of Richmond Law Review*, 2002, 1, p. 389 ss.; D.K. DEWOLF, *The law of torts. Cases and materials*, Lansing, 2009, p. 63 ss.; T.A. WEIGAND, *Tort law: the wrongful demis of but for causation*, in *Western New England Law Review*, 2019, p. 175 ss.; J. KNOBE, S. SHAPIRO, *Proximate cause explained: an essay in experimental jurisprudence*, in *The University of Chicago Law Review*, 2021, 1, p. 165 ss.; M.A. GEISTFELD, *Proximate cause untangled*, in *Maryland Law Review*, 2021, 2, p. 420 ss.; M.R. SCORDATO, *Three kinds of fault: understanding the purpose and function of causation in tort law*, in *University of Miami Law Review*, 2022, 1, p. 150 ss.
18. Sulla “*hindsight bias*” in questo specifico settore, vd. P.G. PETERS JR., *Hindsight bias and tort liability: avoiding premature conclusions*, in *Arizona State Law Journal*, 1999, 3, p. 1277 ss.; J.D. LEVINSON, K. PENG, *Different torts for different cohorts: a cultural psychological critique of tort law's actual cause and foreseeability inquiries*, in *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2004, 2, p. 195 ss.; G.C. RAPP, *The wreckage of recklessness*, in *Washington University Law Review*, 2008, 1, p. 111 ss.; R.M. YORK, *Examining moderators of the hindsight bias in the context of civil legal decision-making: counterfactuals, causal proximity, and self-referencing*, in *FIU Electronic Theses and Dissertation*, 2008; L.M. SOLAN, J.M. DARLEY, *Causation, contribution and legal liability: an empirical study*, in *Law and Contemporary Problems*, 2011, 4, p. 265 ss.; D. OLIVER, *Mere but for causation*, in [www.casetext.com](http://www.casetext.com), 25 gennaio 2011; A. LIOR, *The accident network: a network theory analysis of proximate causation*, in *Marquette Law Review*, 2022, 1, p. 106 ss.; T.R. BROWN, *Minding accidents*, in [www.lawreview.colorado.edu](http://www.lawreview.colorado.edu), 25 gennaio 2023; F. MARGONI, T.R. BROWN, *Jurors use mental state information to assess breach in negligence cases*, in *Cognition*, 2023, 7, p. 1 ss.
19. In argomento, vd. R.A. EPSTEIN, *Cases and materials on torts*, Boston, 1995, p. 333 ss. Per i saggi, vd. G. CALABRESI, A.K. KLEVORICK, *Four test for liability in torts*, in *The Journal of Legal Studies*, 1985, 2, p. 585 ss.; O. BEN-SHAHAR, *Causation and foreseeability*, in *Encyclopedia of Law and Economics*, diretta da B. Bouckaert e G. DeGeest, II, *Civil law and economics*, Cheltenham, 2000, p. 644 ss.; M.F. GRADY, *Causation and foreseeability*, in J.H. ARLEN (a cura di), *Research Handbook on the Economics of Torts*, Cheltenham, 2013, p. 114 ss.; M. DEVILLIERS, *Foreseeability decoded*, in *Minnesota Journal of Law, Science and Technology*, 2015, 1, p. 345 ss.
20. Nei sistemi giuridici statunitensi non sono contemplate, peraltro, presunzioni di corresponsabilità quale quella stabilita dal comma 2 dell'art. 2054 c.c.

Altri Stati applicano, invece, la “*comparative negligence*”; nel caso in cui il sistema sia improntato sulla “*pure comparative negligence*”, il *plaintiff* può, quindi, richiedere il risarcimento ridotto per la parte del danno che egli stesso abbia contribuito a provocare.<sup>21</sup> In quello di “*modified comparative negligence*”, di contro, la parte può ottenere un risarcimento solo allorquando la propria responsabilità nella dinamica del sinistro sia inferiore al 50% (o al 51%, a seconda dello Stato).<sup>22</sup>

21. In questo caso, in maniera analoga a quanto stabilito dal combinato disposto degli artt. 2056 e 1227 c.c.

22. Per un quadro analitico, vd. AA.VV., *Comparative & contributory negligence laws: 50-State survey*, in [www.justitia.com](http://www.justitia.com), 1 gennaio 2024, nonché *Fault vs. no-fault insurance laws by State in the United States*, in [www.1800lionlaw.com](http://www.1800lionlaw.com). Sulle origini di queste impostazioni, vd. L. GREEN, *Contributory negligence and proximate cause*, *The North Carolina Law Review*, 1927, 1, p. 3 ss.; J.A. PADWAY, *Comparative negligence*, in *Marquette Law Review*, 1931, 1, p. 3 ss.; A.C. MOLE, L.P. WILSON, *Study of comparative negligence*, in *Cornell Law Review*, 1932, 3, p. 333 ss. (in cui si evidenziarono le difficoltà in cui incorsero, sin dal principio, le corti statunitensi nel determinare le “quote di responsabilità”); R.V. CAMPBELL, *Ten years of comparative negligence*, in *Wisconsin Law Review*, 1941, 1, p. 289 ss.; L. SHERMAN, *Comparative negligence*, in *Dickinson Law Review*, 1955, 1, p. 79 ss.; A.R. FLORES, *Comparative negligence*, in *Villanova Law Review*, 1956, 1, p. 115 ss. In argomento, vd., altresì, T.G. KOERNER, *Negligence. Last clear chance*, in *Michigan Law Review*, 1958, 8, p. 1358 ss.; M. ROSEMBERG, *Comparative negligence in Arkansas: a before and after survey*, in *Arkansas Law Review*, 1959, 2, p. 250 ss.; S.A. BENTON, *Assumption of risk and contributory negligence*, in *Michigan Law Review*, 1962, 6, p. 819 ss.; W.F. RUSSELL, *Comparative negligence as applied to contribution: the new doctrine of comparative contribution*, in *Southwestern Law Review*, 1963, 1, p. 155 ss.; D.K. SIEGEL, *Silent growth of comparative negligence in common law court*, in *Cleveland Law Review*, 1963, p. 3462 ss.; A.M. GELLMAN, *Torts. Comparative negligence*, in *Buffalo Law Review*, 1968, 2, p. 573 ss.; R.J. AIKEN, *Proportioning comparative negligence: problems of theory and special verdict formulation*, in *Marquette Law Review*, 1970, 3, p. 291 ss.; R.W. LAUGENSEN, *Colorado comparative negligence*, in *Denver Law Review*, 1972, 4, p. 469 ss.; G.E. SMITH, *Comparative negligence in Wyoming*, in *Land & Water Law Review*, 1973, 2, p. 597 ss.; E. CASTORIA, *Comparative v. contributory negligence*, in *New Mexico Law Review*, 1976, 1, p. 171 ss.; J.J. CHEAP JR., *Contribution and indemnity collide with comparative negligence*, in *Santa Clara Law Review*, 1978, 3, p. 779 ss.; C.R. SOWLE, D.O. CONKLE, *Comparative negligence versus the constitutional guarantee of equal protection: a hypothetical judicial decision*, in *Duke Law Journal*, 1979, 5, p. 1083 ss.; E.J. BUFFA JR., *The plaintiff's view of comparative negligence*, in *West Virginia Law Review*, 1980, 3, p. 523 ss.; J.W. WADE, *Comparative negligence. Its development in the United States and its present status in Louisiana*, in *Louisiana Law Review*, 1980, 2, p. 299 ss.; H.F. KUHN JR., *A call for the adoption of comparative negligence in South Carolina*, in *South Carolina Law Review*, 1980, 4, p. 757 ss.; K.S. ABRAHAM, *Adopting comparative negligence: some thoughts for the late reformer*, in *Maryland Law Review*, 1982, 2, p. 300 ss.; J. HASENFUS, *The role of recklessness in American systems of comparative fault*, in *Ohio State Law Journal*, 1982, 3, p. 399 ss.; J.M. ROGERS, R.D. SHAW, *A comparative negligence checklist to avoid future unnecessary litigation*, in *Kentucky Law Journal*, 1983, 1, p. 25 ss.; N. THOFNER, *The modification of joint and severe liability*, in *Florida Law Review*, 1984, 2, p. 288 ss.; R.A. CONWAY, *Comparative fault in Missouri*, in *Missouri Law Review*, 1985, 1, p. 141 ss.; M.K. STEENSON, *The fault with comparative fault: the problem of individual comparisons in a modified fault jurisdiction*, in *William Mitchell Law Review*, 1986, 1, p. 1 ss.; D.L. RUBINFELD, *The efficiency of comparative negligence*, in *The Journal of Legal Studies*, 1987, 2, p. 375 ss.; A. GARCIA-MENDOZA, *Tort law: joint and several liability under comparative negligence*, 1988, 2, p. 469 ss.; J.L. DIAMOND, *Assumption of risk after comparative negligence*, in *Ohio State Law Review*, 1991, 2, p. 717 ss.; C. CURRAN, *The spread of the comparative negligence rule in the United States*, in *International Review of Law and Economics*, 1992, 3, p. 317 ss.; J.S. HICKMAN, *Efficiency, fairness, and common*

Quanto alle voci risarcitorie, al di là della disciplina relativa ai danni patrimoniali e non patrimoniali (che compongono la categoria dei *compensatory damages*), si deve soggiungere che, in alcuni casi particolarmente gravi (guida in stato di forte alterazione, episodi di guida spericolata, e così via), le corti possono decidere di accordare in favore del danneggiato i ben noti *punitive damages*, che hanno lo scopo di sanzionare, per l'appunto, il responsabile e di dissuadere altri dall'adottare comportamenti simili.<sup>23</sup>

Con *Cabe v Lunich*, 70 Ohio St. 3d 598, 640 N.E.2d 159 (Ohio 1994) la Corte suprema dell'Ohio ha stabilito: “*i danni punitivi possono essere accordati quando il convenuto abbia realizzato una condotta caratterizzata da odio, cattiva volontà o spirito di vendetta, o da un consapevole disprezzo per i diritti e la sicurezza di altre persone che abbia una grande probabilità di causare un danno sostanziale. Si tratta di comportamenti estremamente sconsiderati che rivelano un consapevole disprezzo per un danno rilevante ed evidente. La politica di concessione di danni punitivi in Ohio è sia quella di punire l'autore dell'illecito sia quella di impiegare i punitive damages come esempio per gli altri, dissuadendoli, così, da comportamenti simili.*<sup>24</sup> *Qualcosa di più della semplice negligenza è sempre richiesto affinché possa essere concesso un risarcimento di danni punitivi. Ciò si riflette sull'impiego del termine criminal, che implica una constatazione che la probabilità che si verifichi un danno è grande e che il danno sarà sostanziale. Siamo convinti che la condotta di guida in stato di ebbrezza ben possa, nelle circostanze di ogni singolo caso, costituire il tipo di comportamento sconsiderato e oltraggioso che giustifica una giuria a concludere che il defendant*

sense, in *Vanderbilt Law Review*, 1995, 3, p. 739 ss.; S. GARDNER, *Contributory negligence, comparative negligence, and stare decisis in North Carolina*, in *Campbell Law Review*, 1996, 1, p. 1 ss.; O. BAR-GILL, O. BEN-SHAHAR, *The uneasy case for comparative negligence*, in *American Law and Economics Review*, 2003, 2, p. 433 ss.; C.J. ROBINETTE, P.G. SHERLAND, *Contributory or comparative: which is the optimal negligence rule?*, in *Northern Illinois University Law Review*, 2003, 1, p. 41 ss.; J.J. KARANGELEN, *The road to judicial abolishment of contributory negligence*, in *University of Baltimore Law Review*, 2004, 2, p. 265 ss. Per i contributi più recenti, vd. G.S. SERGIENKO, *Assumption of risk as a defense to negligence*, in *Western State University Law Review*, 2006, 1, p. 1 ss.; A. BEST, *Impediments to reasonable tort reform: lessons from the adoption of comparative negligence*, in *Indiana Law Review*, 2007, 1, p. 1 ss.; R. SINGH, *The efficiency of comparative causation*, in *Review of Law and Economics*, 2010, 2, p. 219 ss.; M. STEENSON, *Minnesota comparative fault*, in *Journal of Law and Practice*, 2016, 4, p. 1 ss.; E. VAN DONGEN, H.P. VERDAM, *The Development of the concept of contributory negligence in English common law*, in *Utrecht Law Review*, 2016, 1, p. 61 ss.; P.N. SWISHER, *Virginia should abolish the archaic tort defense of contributory negligence and adopt a comparative negligence defense in its place*, in *University of Richmond Law Review*, 2019, p. 1359 ss.; F. PARISI, G. FREZZA, *Burdens of proof in establishing negligence: a comparative law and economics analysis*, in *Italian Law Journal*, 2023, 1, p. 7 ss. In proposito, occorre soggiungere che in alcuni Stati federati sono previste delle norme che, ispirate al concetto di *no-fault*, impongono ai proprietari di autoveicoli la stipula di polizze assicurative a copertura dei danni derivanti dal sinistro che prevedono risarcimenti indipendentemente dalla responsabilità nella sua provocazione. In taluni casi, si tratta di normative che comportano anche una forte limitazione nel tipo e nell'entità di danni per cui è possibile richiedere un risarcimento.

23. Vd. G. MONTEAGUDO, *What kinds of damages may I claim for car accident injuries?*, in [www.findlaw.com](http://www.findlaw.com), 24 luglio 2023.

24. Sulla polifunzionalità dei *punitive damages*, vd. anche *O'Neill v Smith*, 388 S.C. 246, 695 S.E.2d 531 (South Carolina 2010).

*abbia mostrato una consapevole indifferenza nei confronti dei diritti e della sicurezza degli altri. Riteniamo che la prova che un conducente abbia consumato alcol prima di un incidente stradale, in misura superiore al limite che determina l'applicazione di una sanzione amministrativa, sia pertinente e ammissibile per stabilire se si possa ritenere che il convenuto sia obbligato alla corresponsione di danni punitivi”.*

Per richiamare qualche altro precedente, si può citare *Webb v Rivers*, 256 Va. 460, 507 S.E.2d 360 (Virginia 1998), con cui la Corte suprema della Virginia ha affermato la possibilità per il *plaintiff* di agire per ottenere *punitive damages* “avendo l’attore fornito la prova che il convenuto aveva un tasso alcolemico nel sangue pari allo 0,21%, era così ubriaco da non sapere dove si trovasse e viaggiava a 90 miglia orarie in un quartiere residenziale con un limite di velocità legale di 25 miglia orarie”.

In *Young v Westfall*, 4:06-CV-2325 (M.D. Pennsylvania Mar. 1, 2007) si è affermato che “ai sensi della legge applicabile in Pennsylvania, i danni punitivi sono appropriati solo nei casi in cui le azioni del convenuto sono così outrageous da indicare che esse costituiscono una condotta intenzionale, sconsiderata o spregiudicata. Sebbene la negligenza ordinaria non possa giustificare un risarcimento per danni punitivi, quest’ultimi sono appropriati per i torti che si connettono a colpa quando la condotta vada oltre la mera negligenza e rientri nel regno del comportamento che è intenzionale, malizioso o così negligente da indicare un disprezzo ingiusto per i diritti delle parti lese”.<sup>25</sup>

In estrema sintesi, in ordine ai *punitive damages*,<sup>26</sup> si può osservare, dunque, che essi possono essere riconosciuti, in favore del danneggiato, solo allorché la controparte abbia realizzato atti di tale disvalore da sostanziare anche illecito penale, andandosi, così, ad assommare alle altre conseguenze giuridiche del reato.

### **3. La criminal liability e le scelte di incriminazione di condotte di guida colpose con effetti lesivi a carico della persona**

Nel continuo processo di *law enforcement* che ha segnato la storia recente del diritto penale italiano s’inserisce, senza dubbio, la disciplina dell’omicidio e delle lesioni colpose stradali.<sup>27</sup> Siffatte iniziative sono state già oggetto di approfonditi studi da parte della dottrina nostrana, che non ha mancato di muovere critiche alle scelte attuate dal legislatore, tanto nel prisma dell’opportunità politico-criminale quanto della tecnica definitoria impiegata. Ciò generando una letteratura ormai davvero ampia,<sup>28</sup> così come ricca si rivela anche la casistica giurisprudenziale.

25. In senso analogo, vd. *Zander v Morsette*, 2021 N.D. 84, 959 N.W.2d 838 (North Dakota 2021); *Maynard v Snapchat Inc.*, 313 Ga. 533, 870 S.E.2d 739 (Georgia 2022).

26. Istituto ben conosciuto ma non previsto nell’ordinamento italiano.

27. Vd. A. MENGHINI, *L’omicidio stradale. Scelte di politica criminale e frammentazione del sistema*, Napoli, 2016.

28. Vd. M. MANTOVANI, In tema di omicidio stradale, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2015, 2, p. 152 ss.; E. SQUILLACI, *Ombre e (poche) luci nella introduzione dei reati di omicidio e lesioni personali stradali*, in [www.penalecontem-](http://www.penalecontem-)

Trattandosi di un terreno già abbondantemente dissodato, in questa sede, allora, l'analisi si concentrerà soprattutto sui sistemi penali americani, atteso che le *vehicular offenses* statunitensi non sono state ancora oggetto di studi analitici nel nostro Paese; ciò al fine di poter trarre delle conclusioni in chiave comparatistica.

Si deve, allora, osservare che nei sistemi penali degli U.S.A., la *negligent liability*, tendenzialmente, è limitata, anche con riferimento a reati contro la persona e, in particolare, all'omicidio, a forme di colpa grave (*gross negligence*) o all'ipotesi di *recklessness*, che costituisce una specie di colpa, connotata dalla previsione dell'evento.

Tanto è vero che con la locuzione "*criminal negligence*" s'indica, comunemente, una condotta connotata da colpa "grave", tale da distinguersi da quella che rileva in diritto civile, ove, in genere, l'obbligazione risarcitoria sorge pure a fronte di *simple negligence*; ciò al contrario del sistema italiano, ove di massima, come risaputo, un illecito penale è punibile anche al ricorrere di colpa di tipo "lieve".

Tale differenza si spiega in ragione del diverso approccio culturale alla materia; negli States, infatti, la *criminal liability* tende ad essere associata, anche in dottrina, a forme di colpevolezza che contraddistinguono condotte di elevato disvalore, ovverosia al dolo. Questa visione è radicata nella *common law*, per cui il *punishment* dovrebbe essere riservato a comportamenti di spiccata riprovevolezza, tali da meritare l'*harsh treatment*.<sup>29</sup>

In argomento, George Fletcher ha rilevato: "è ben noto che l'assunzione di un rischio non consentito possa generare la responsabilità per quello che viene definito involuntary manslaughter. Questa

poraneo.it, 18 aprile 2016; E.M. AMBROSETTI, *Il nuovo delitto di omicidio stradale*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, 5, p. 1785 ss.; G. LOSAPPIO, *Dei nuovi delitti di omicidio e lesioni stradali*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 giugno 2016; D. BIANCHI, *I nuovi delitti di omicidio e lesioni stradali*, in *Studium Iuris*, 2016, 6, p. 679; D. NOTARO, *I nuovi reati di omicidio stradale e di lesioni stradali: norme "manifesto" o specializzazione dello statuto colposo?*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 28 luglio 2016; R. ACQUAROLI, S. POLLASTRELLI (a cura di), *Il reato di omicidio stradale*, Milano, 2017; V. MASARONE, *L'attuale posizione della vittima nel diritto penale positivo: verso un diritto penale "per tipo di vittima"?*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 18 ottobre 2017; A. MASSARO, *Omicidio stradale e lesioni personali stradali gravi o gravissime: da un diritto penale "frammentario" a un diritto penale "frammentato"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 20 maggio 2016; D.M. SCHIRÒ, voce *Omicidio e lesioni personali stradali*, in *Dig. Disc. Pen.*, X Aggiornamento, Torino, 2018, p. 497 ss.; L. D'AMICO, *La struttura dell'omicidio stradale tra tipicità debole, colpevolezza intermittente e diritto penale simbolico*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 9 maggio 2019; S. TIGANO, *La responsabilità penale colposa tra previsione e prevenzione*, in S. Aleo (a cura di), *Criteri di verificabilità empirica dei giudizi di colpa*, Milano, 2020, p. 229 ss. (spec. 242 ss.); P. VENEZIANI, voce *Omicidio stradale e responsabilità colposa*, in *Enc. Dir.*, I tematici, II, *Reato colposo*, Milano, 2021, p. 841 ss.; M. DI FLORIO, *La colpa e i suoi statuti differenziati nel codice penale. Un confronto con il sistema tedesco*, in [www.laegislazionepenale.eu](http://www.laegislazionepenale.eu), 29 maggio 2024. Sul ruolo "simbolico" di tali figure, come incentivo alla cautela, vd. D. FONDAROLI, *Metafore: l'homo oeconomicus e la "spinta gentile" nella prospettiva del sistema punitivo*, in *Discrimen*, 17 luglio 2023, p. 1 ss. (spec. 5).

29. Vd. J. HALL, *Negligent behaviour should be excluded from penal liability*, in *Columbia Law Review*, 1963, 3, p. 632 ss. Sull'introduzione delle fattispecie colpose come strumento di prevenzione dei rischi della modernità, vd. R. POSNER, *A theory of negligence*, in *The Journal of Legal Studies*, 1972, 1, p. 29 ss.

figura ha generato un dibattito sui limiti della responsabilità. Secondo la visione tradizionale, ciò che è pura negligence, sufficiente per la tort liability, non sarebbe abbastanza per supportare la responsabilità nel diritto penale. Questo modo di vedere si è concretizzato attraverso il richiamo ad opera delle corti americane dei concetti di gross negligence e di recklessness. Alcuni studiosi si sono opposti all'incriminazione dell'omicidio per mera colpa, rilevando come la moral culpability presupporrebbe un consapevole disprezzo per una situazione di rischio. Ciò si basa su un argomento curioso, per cui la sbadataggine non potrebbe essere considerata propriamente come una forma di culpability. Invero, questa idea è contraria al senso comune, essendo il difetto d'attenzione stigmatizzato nel contesto dell'interazione sociale. In ogni caso, gli ordinamenti, negli ultimi decenni, si sono mossi in un senso opposto alla tradizione. Il tutto è cominciato negli anni '20 del XX secolo, allorquando i legislatori cominciarono a introdurre a sistema delle ipotesi di negligent homicide nel settore della circolazione autoveicolare<sup>30</sup>.

Al riguardo delle *driving offenses* e, in particolare, del “*vehicular manslaughter*” (o *vehicular homicide*), quindi, si può affermare che, dal punto di vista dell'elemento subiettivo:

- in alcuni Stati non sono previste norme che disciplinano in maniera organica la figura di *vehicular manslaughter* (che, in taluni casi, si riferisce soltanto a particolari ipotesi, come, ad esempio, quella di guida in stato di alterazione dovuta all'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti). Con la conseguenza che l'omicidio occorso nel contesto della circolazione stradale è punibile secondo le norme generali sull'omicidio colposo e, dunque, a titolo di *colpa grave* (Alaska, Arizona, Kentucky, Louisiana, Maine, Mississippi, Missouri, Montana, Oregon, South Dakota, Texas, Vermont, Virginia) o di *colpa con previsione* (Indiana);
- in Michigan - vd. *People v Pace*, 311 Mich. App. 1 (Michigan Ct. App. 2015) - e nello Stato di Washington - vd. *State v Burk*, 197 WN App. 382 (Washington Ct. App. 2016) - il *vehicular manslaughter* si fonda su una responsabilità di tipo oggettivo (*strict liability*), integrandosi con la mera violazione di regole che attengono alla circolazione stradale e al verificarsi dell'evento-morte;
- in California, Connecticut, District of Columbia, Georgia, Hawaii, Idaho, Kansas, Massachusetts, Nebraska, Nevada, New York, Ohio e Utah il *vehicular manslaughter* s'integra già al ricorrere di condotte denotate da *simple negligence*;
- in altri Stati sono contemplate fattispecie autonome di omicidio stradale, che però sono sorrette dal medesimo elemento soggettivo previsto per l'omicidio colposo “comune” (*gross negligence*, in Arkansas, Alabama, Delaware, Maryland, Minnesota, New Hampshire, North Carolina, Pennsylvania, South Carolina, Wisconsin, Wyoming; *recklessness*, in Iowa e New Jersey);
- in Illinois il *vehicular manslaughter* è punito già al ricorrere della *gross negligence*, mentre l'omicidio colposo “comune” a titolo di *recklessness*;
- in Colorado, Florida, New Mexico, North Dakota, Oklahoma, Rhode Island, Tennessee e West Virginia l'omicidio stradale è punito, con sanzioni *ad hoc*, nel caso di *recklessness*, mentre quello comune a titolo di *gross* (o, nel caso dell'Oklahoma, *ordinary*) *negligence*.

30. G.P. FLETCHER, *Rethinking criminal law*, New York, 2000, p. 263-264.

Quanto alle lesioni colpose, taluni legislatori statunitensi hanno introdotto delle fattispecie *ad hoc* di *vehicular assault*<sup>31</sup> che, talora, prevedono come elemento costitutivo la *serious bodily injury*, potendosi l'illecito penale, quindi, integrare solo al ricorrere di lesioni personali gravi.<sup>32</sup>

Ad esempio:

- la *vehicular assault offense* nello Stato di New York (vd. § 120.03 delle Consolidated Laws), nonché in Connecticut (vd. § 53a-60d dei *Connecticut General Statutes*), disciplinata come *felony*, prevede come elementi costitutivi la guida in stato di alterazione e la provocazione di lesioni gravi a carico della vittima. Siffatti elementi sono caratteristici anche della *vehicular battery* di cui al § 22-18-36 delle *South Dakota Codified Laws*;
- l'*Ohio Revised Code*, al § 2903.08, disciplina, tra l'altro, come *felony*, una forma di *vehicular assault* che si sostanzia al ricorrere della *recklessness* e della provocazione di *serious physical harm*;
- nello Stato di Washington il *vehicular assault* (vd. § 46.61.552 del *Washington Revised Code*) è punito, come *felony*, in caso di lesioni gravi per la vittima e, alternativamente, dalla *recklessness* o della guida in stato di alterazione dovuta all'assunzione di stupefacenti o sostanze alcoliche. Si tratta di una fattispecie assimilabile a quella prevista nel § 18-3-205 del *Colorado Revised Code*.

Si è al cospetto, allora, di previsioni che, per via dell'aggancio delle figure incriminatrici a condotte di spiccato disvalore e a conseguenze lesive di particolare gravità, contribuiscono a confermare la tradizionale idiosincrasia dei sistemi giuridici statunitensi (e di *common law*) rispetto alla *pure negligent liability*.<sup>33</sup>

### 3.1. Il nucleo normativo della colpa

Negli Stati Uniti non vi è una distinzione formale-terminologica tra “colpa specifica” e “colpa generica” come quella presente nel sistema giuridico italiano. Tuttavia, esistono concetti giuridici che, in pratica, riflettono una distinzione simile tra la violazione di norme di condotta “codificate” e regole cautelari non scritte ed imposte dall'esperienza nonché, si potrebbe aggiungere, dal comune buon senso, in termini di diligenza, prudenza e perizia.

In questo senso, fondandosi la *negligent liability* su un *breach of duty care*, ovvero sia sull'infrazione di un dovere di attenzione, essa s'innesta, innanzitutto, sulla *statutory duty*, ossia su una

31. Per un'analisi delle evoluzioni normative ed interpretative relative ai primi decenni del secolo scorso, vd. L. HALL, *Assault and battery by the reckless motorist*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1940, 2, p. 133 ss.; R.H. VIZETHANN, *Criminal assault in nonfatal automobile accidents*, in *Washington and Lee Law Review*, 1965, 2, p. 271 ss.

32. Su questo concetto, vd. F.X. SHEN, *Mind, body and the criminal law*, in *Minnesota Law Review*, 2013, 4, p. 2038 ss.

33. In argomento, vd. anche A. CADOPPI, voce *Mens rea*, in *Dig. Disc. Pen.*, VII, Torino, 1993, p. 618 ss. (spec. 629) e, più di recente, A. DI LANDRO, *Un confronto tra diritto penale inglese ed italiano in materia di colpa: dalla colpa grave alle più specifiche e severe forme di colpa c.d. “stradale”, colpa nell'ambito della violenza domestica, colpa nel settore della sicurezza sul lavoro e nel settore ambientale*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 17 ottobre 2022, p. 4.

regola comportamentale, atta a prevenire un rischio o a minimizzarlo, imposta da una norma scritta, che genera una forma di colpa che, utilizzando la nostra terminologia, può essere definita, per l'appunto, specifica.

Questo tema è stato affrontato con attenzione, negli *States*, soprattutto nel contesto del diritto civile ed è stato teatro della precoce emersione della c.d. “*negligence per se doctrine*”, per la quale, in estrema sintesi, la responsabilità, lato subiettivo, si originerebbe, con un certo automatismo, dalla mera violazione della regola cautelare.<sup>34</sup>

In argomento, si deve richiamare, allora, come *landmark case*, *Osborne v McMasters*, 41 N.W. 543 (Minnesota 1889), con la quale la Corte suprema del Minnesota affrontò il caso di un soggetto che, in violazione di una specifica norma di condotta sancita a livello statutario, aveva ceduto un flacone contenente una sostanza venefica senza fornire adeguate avvertenze circa la natura e la pericolosità della *res* al compratore, il quale, ingerendola, era deceduto.

Nell'occasione, la Corte, allora, stabilì che: “*negligence is the breach of legal duty. It is immaterial whether the duty is one imposed by the rule of common law requiring the exercise of ordinary care not to injure another or is imposed by a statute designed for the protection of others. The only difference is that in one case the measure of legal duty is to be determined upon common-law principles, while in the other the statute fixes it, so that the violation of the statute constitutes conclusive evidence of negligence, or, in other words, negligence per se*”.

Si tratta di un approccio che si riscontra ancor oggi negli orientamenti della giurisprudenza civilistica e che costituisce oggetto di un risalente dibattito, sul quale non è possibile soffermarsi in questa sede.<sup>35</sup>

Quanto, invece, al settore penale, la proliferazione delle regole cautelari “codificate”, soprattutto in alcuni settori, quali per l'appunto quello della circolazione stradale, ha alimentato una diatriba interpretativa in ordine alla fruibilità della citata *doctrine* anche in relazione alla *criminal liability* e i repertori giurisprudenziali restituiscono risultati niente affatto uniformi.

Secondo un primo, risalente orientamento, la *negligence per se doctrine* sarebbe stata applicabile anche nel *criminal law system* e, in particolare, nel contesto della circolazione veicolare. Così, con la sentenza *State v Portee*, 122 S.C. 298, 115 S.E. 238 (South Carolina 1922), la Corte suprema della South Carolina stabilì che: “*quando qualcuno infrange la legge statutaria dello Stato, quando si viola la legge come stabilito dalla nostra Legislatura, questa è negligence per se. Al fine di prevenire danni sulle strade pubbliche, la nostra Legislatura ha fatto tutto il possibile per emanare leggi e invita i cittadini a obbedire a tali leggi. Quando un cittadino non obbedisce a tali leggi, sta agendo con negligenza*”.

34. Si tratta di temi ampiamente scandagliati nella dottrina penalistica nostrana. In argomento vd., *ex multis*, V. MILITELLO, *Rischio e responsabilità penale*, Milano 1988, spec. 55 ss.; L. RISICATO, *L'attività medica di équipe. Tra affidamento ed obblighi di controllo reciproco*, Torino, 2013, p. 8.

35. In argomento, per un'ampissima e chiara ricostruzione, vd. B.L. JOHNSON, *Why negligence per se should be abandoned*, in *Legislation and Public Policy*, 2017, 1, p. 249 ss.

Ciò secondo un principio ribadito, successivamente, da *State v Whaley*, 191 N.C. 387, 132 S.E. 6 (North Carolina 1926), *State v Sandvig*, 141 Wn. 542, 141 Wash. 542, 251 P. 887 (Washington 1927), nonché *State v Durham*, 201 N.C. 724, 161 S.E. 398 (North Carolina 1931), secondo la quale “*the breach of a statute is negligence per se, but there must be a causal connection between the disregard of the statute and the injury inflicted*”.

All'impostazione sopra descritta se ne è precocemente opposta un'altra. Così, con un *early case*, *State v Hanahan*, 111 S.C. 58, 96 S.E. 667 (South Carolina 1918), relativo, per l'appunto, ad un sinistro stradale, si ritenne che la mera violazione di una regola cautelare attinente ai limiti di velocità non potesse, in sé, determinare la conclusione della sussistenza dell'elemento soggettivo del reato di omicidio colposo, dovendosi comunque verificare la prevedibilità ed evitabilità della concreta situazione di rischio.

Tale orientamento, successivamente, venne sposato da altre decisioni, come ad esempio *State v Stansell*, 203 N.C. 69, 164 S.E. 580 (North Carolina 1932): “*la mera violazione di una norma che attiene alla sicurezza della circolazione non costituisce negligenza dal punto di vista del diritto penale. La violazione della regola comportamentale si deve associare, affinché possa sussistere omicidio colposo, al fatto che, in base alle circostanze concrete, l'infrazione avrebbe potuto condurre alla probabilità di causazione della morte o di gravi danni fisici*”.

Analogamente si espressero altre corti superiori, con *Cutshall v State*, 191 Miss. 764, 4 So. 2d 289 (Mississippi 1941), *State v Nix*, 211 La. 865, 31 So. 2d 1 (Louisiana 1947), *State v Adams*, 359 Mo. 845, 224 S.W.2d 54 (Missouri 1949), nonché *State v Barnett*, 218 S.C. 415, 63 S.E.2d 57 (South Carolina 1951), che rese un'ampia motivazione: “*il grado di negligenza necessario per stabilire la responsabilità penale ha lasciato perplesse le corti di Inghilterra e America per secoli. L'argomento è stato a volte fonte di molta confusione. Nei primi sviluppi del diritto penale in Inghilterra si sosteneva che la negligenza ordinaria, ovvero la mancata osservanza della dovuta diligenza, fosse sufficiente. In seguito, si scoprì che questa regola era troppo severa, poiché un incidente causato da un atto di comune negligenza può essere la sorte anche del più saggio e migliore degli uomini. Le corti inglesi conclusero, allora, che fosse necessaria più negligenza per creare una responsabilità penale rispetto a quella civile, ma trovarono difficile stabilire quanta di più. Impiegarono termini come grossolano, sconsiderato e colpevole, e sostennero che spetterebbe alla giuria decidere, viste tutte le circostanze, se l'atto fosse di tale natura da essere degno di punizione. Nelle prime decisioni americane si riscontra una tendenza a seguire la regola adottata per la prima volta in Inghilterra secondo cui la negligenza ordinaria sarebbe sufficiente a determinare la criminal liability. Tale standard fu presto ripudiato, tuttavia, dalla grande maggioranza delle corti e ora si ritiene generalmente che la colpa penale consti nella realizzazione di una condotta assai distante da quella che avrebbe tenuto un uomo normalmente prudente o attento nelle stesse circostanze. Passando ora agli omicidi derivanti dalla guida di automobili, in quasi tutte le giurisdizioni, sia per statuto che per applicazione della norma che disciplina l'omicidio colposo in termini generali, la regola è che la negligenza necessaria per condannare un automobilista per omicidio colposo deve essere di un grado superiore a quello richiesto per stabilire una responsabilità civile*”.

Proseguendo, la Corte, ha rilevato; “*la questione del grado di negligenza necessario per condannare il conducente di un veicolo a motore per omicidio colposo è stata portata per la prima volta dinanzi a questa Corte con il caso Hanahan del 1918. La giurisprudenza successiva è stata ondivaga. Tuttavia, la conclusione per cui la mera violazione di una regola che attiene alla sicurezza della circolazione costituirebbe, di per sé, negligenza, dovrebbe essere prevista esplicitamente dal legislatore. Occorre dare prevalenza al principio dello stare decisis e confermare i diversi principi espressi nel caso Hanahan*”.

Su questa linea, più di recente, si sono collocate anche *Duren v State*, 203 Md. 584, 102 A.2d 277 (Maryland 1954), *Jones v State*, 244 Miss. 596, 145 So. 2d 446 (Mississippi 1962), *Haider v Finken*, 239 N.W.2d 508 (North Dakota 1976), *Commonwealth v Campbell*, 394 Mass. 77, 474 N.E.2d 1062 (Massachusetts 1985), *State v Hazelwood*, 946 P.2d 875 (Alaska 1997) – le quali rappresentano le ultime decisioni di corti superiori reperibili nei repertori nel settore oggetto della nostra disamina che hanno affrontato *ex professo* l’argomento – che hanno evidentemente segnato l’abbandono della *negligence per se doctrine* in relazione al *vehicular manslaughter*.

Quanto alla dottrina, in uno dei manuali più autorevoli, ossia quello di Wayne Lafave, si legge: “*nella tort law, il soggetto che viola una regola scritta, il cui scopo è quello di prevenire un’offesa, è considerato, per via del peso assegnato alla norma, colpevole di negligence per se. L’idea è quella che, se il legislatore o un’altra autorità pubblica ha stabilito uno standard di condotta, il soggetto che infrange la regola si è automaticamente collocato al di fuori di quello stesso standard o, argomentando in altra maniera, egli ha creato un rischio non consentito. Nel diritto penale, però, la mera violazione della regola scritta non può ex se sostanziare quel grado di negligenza richiesto dal sistema penale, sebbene l’infrazione possa costituire un indice della negligence*”.<sup>36</sup>

Del resto, la circostanza per cui la responsabilità per le fattispecie di omicidio possa derivare da *gross negligence* o, addirittura, da *recklessness*, spinge verso soluzioni per le quali non sarebbe sufficiente un minimo discostamento della condotta realizzata da quella dovuta e, giocoforza, la mera infrazione della regola cautelare specifica. Il che ha generato delle tendenze interpretative che si pongono, in qualche misura, agli antipodi rispetto all’esperienza nostrana ove, perlomeno in alcuni settori e, in particolare, proprio in quello della circolazione stradale, le regole cautelari scritte hanno mostrato un forte *appeal* in giurisprudenza,<sup>37</sup> nel senso che la loro mera infrazione è stata considerata, non infrequentemente, come elemento sufficiente a determinare l’addebito, secondo la logica della *culpa in re ipsa*.<sup>38</sup>

36. W.R. LAFAVE, *Principles of criminal law*, St. Paul, 2017, p. 204. Sulla *negligence per se doctrine*, anche per richiami bibliografici, vd. B. KRITCHEVSKY, *What does the law have to do with it? The jury’s role in case alleging violation of law, custom and standards*, in *Arkansas Law Review*, 2018, 1, p. 45 ss.

37. Vd. E. PENCO, *Novità interpretative in tema di colpa “con violazione delle norme sulla disciplina della circolazione stradale”*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2019, 4, p. 510 ss.

38. In argomento, vd. A. MENGHINI, *La riforma in tema di omicidio stradale: una rilettura a quattro anni dalla sua entrata in vigore*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2020, 1, p. 179 ss.; R. BARTOLI, *La colpa grave nel diritto penale pandemico*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2023, 2, p. 223 ss. Peraltro, fino ad un recente passato, la giurisprudenza ha finito col desumere

Valga considerare alcuni casi giurisprudenziali, si potrebbe sostenere, emblematici, quale *State v Sharpley*, ID No. 0809005908 (Delaware Super. Ct. Jan. 30, 2009), che è intervenuta su un caso in cui un automobilista, viaggiando ben oltre i limiti di velocità, distraendosi per qualche secondo, non aveva percepito che la tabella semaforica fosse nelle more passata dal verde al rosso, andando ad impattare rovinosamente contro un altro veicolo, che nel frattempo aveva impegnato un incrocio, provocando la morte di due individui.

La Corte suprema del Delaware, infatti, ha ritenuto che nel caso di specie non ricorressero gli estremi dell'omicidio colposo, rilevando che *“lo Stato non ha provato oltre ogni ragionevole dubbio che la mancata percezione del rischio di morte derivante dalla propria condotta costituisca una deviazione grave rispetto allo standard esigibile, che una persona ragionevole osserverebbe nella stessa situazione. C'è stata una deviazione? Assolutamente sì. La Corte non può, tuttavia, concludere che la velocità eccessiva dell'imputato e la distrazione dalla strada per occuparsi di un problema percepito all'interno del suo veicolo raggiungano il livello di negligenza criminale. L'imputato ha commesso due errori di giudizio, uno dopo l'altro, che alla fine hanno causato un risultato orribile: ha portato il suo camion oltre il limite di velocità indicato e poi ha distolto lo sguardo dalla strada per controllare un indicatore di livello del veicolo. La scarsa capacità di giudizio dell'imputato ha causato tre violazioni delle regole della strada: ha superato il limite di velocità, ha passato il semaforo rosso ed è stato disattento/negligente. Ma queste violazioni non equivalgono a negligenza criminale. Di conseguenza, la Corte deve dichiarare l'imputato non colpevole di entrambe le accuse di omicidio colposo”*.

In *Gill v State*, 474 S.W.3d 77, 2015 Ark. 421 (Arkansas 2015) la Corte suprema dell'Arkansas ha affermato il difetto di responsabilità dell'imputato che, violando il segnale di stop, aveva attraversato un incrocio determinando la collisione del proprio veicolo con un altro, provocando la morte dell'automobilista. Ciò affermando che *“lo standard per la colpevolezza penale differisce da quello fruibile in sede civile. La criminal negligence esige qualcosa di più, ossia una grossolana deviazione dallo standard di cura che una persona ragionevole osserverebbe nella stessa situazione. Nel caso in questione, non c'è dubbio che la mancata visione da parte di Gill del veicolo di Holt in movimento*

dalla grave violazione di norme sulla circolazione stradale, addirittura, il dolo eventuale. Vd. G. RUGGIERO, *Considerazioni su dolo eventuale e colpa cosciente in materia di circolazione stradale*, in *Arch. Pen.*, 2009, 2, p. 71 ss.; G. COCCO, *Gli insuperabili limiti del dolo eventuale, Contro i tentativi di flessibilizzazione*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2011, 10, p. 1949 ss.; F. CURI, *“Finché la barca va...” Il fatto sconsiderato (dai pirati della strada alla responsabilità della persona giuridica)*, in *Arch. Pen.*, 2012, 3, p. 1045 ss.; G. LATTANZI, *L'omicidio stradale*, in *Cass. Pen.*, 2014, 6, p. 1978 ss.; P. PISA, *L'omicidio stradale nell'eclissi giurisprudenziale del dolo eventuale*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 2, p. 145; G.P. DEMURO, *Ubriachezza e dolo eventuale nella guida spericolata*, in *Giur. It.*, 2017, 4, p. 942 ss. Sulla tradizionale “scivolosità” del confine tra dolo e colpa, vd. S. CANESTRARI, *Dolo eventuale e colpa cosciente*, Milano, 1999 e, più di recente, D. BRUNELLI, *Riflessioni sulla colpa con previsione*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2020, 3, p. 1278 ss. Sulle storture prasseologiche, in base alle quali la consapevole violazione della regola cautelare “trascende” in dolo, in linea generale, vd., di recente, A. GARGANI, *Impedimento plurisoggettivo dell'offesa*, Pisa, 2022, p. 48. Sul punto, vd., però, *infra*.

*abbia causato l'incidente mortale. Tale mancata visione potrebbe ben costituire negligenza civile, ma ciò non assurge a criminal negligence. Il fatto che Gill non abbia visto il veicolo di Holt ha causato una morte tragica, ma tale inspiegabile inadempimento non costituisce omicidio colposo*".

In *Commonwealth v Sanders*, 2020 Pa. Super. 20 (Pennsylvania Super. Ct. 2020), invece, la Corte suprema della Pennsylvania ha ritenuto che la condotta del conducente di un autobus che, non rispettando l'obbligo di fermarsi, aveva investito un anziano pedone, uccidendolo, non avrebbe avuto i crismi della *gross negligence*, tanto da rendere infondata l'accusa mossa nei confronti del *defendant* per *negligent manslaughter*.

### 3.1.1. La *common law negligence*

In ordine alla c.d. "*common law negligence*", ovverosia a quella che si potrebbe definire da noi "colpa generica", essa si fonda sulla violazione di uno *standard* di attenzione ragionevole, che riflette un dovere generale di prudenza, diligenza e perizia generalmente apprezzabile e, dunque, sulla violazione di "*custom rules*".

La rilevanza di tali *generic rules* s'innesta, però, in un ambito assai peculiare, quale quello del *criminal law system* americano e, in particolare, in quelle giurisdizioni ove, come si è poc'anzi illustrato, la *liability* può derivare da forme di *negligence* di grado superiore alla *simple*.

Il che ha limitato anche il ruolo delle regole comportamentali c.d. "elastiche",<sup>39</sup> quali quelle compendiate negli artt. 140 e 141 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285 (il Codice della Strada, "CdS"), che finora sembrano aver formato, sulla base del carattere tendenzialmente aperto della responsabilità colposa,<sup>40</sup> uno strumento impiegato dalla giurisprudenza italiana in un'ottica spiccatamente *contra reum*,<sup>41</sup> ponendo di sovente in non cale anche condotte conformi a quelle dettate da norme cautelari specifiche.<sup>42</sup>

39. Su questo concetto vd. P. VENEZIANI, *Regole cautelari "proprie" e "improprie" nella prospettiva delle fattispecie colpose causalmente orientate*, Padova, 2003, p. 187 ss.; M.L. MATTHEUDAKIS, *Regole cautelari elastiche in ambito stradale e prevedibilità in concreto dell'evento*, in *Sistema Penale*, 2021, 1, p. 87 ss.; F. HELFERICH, *Omicidio stradale, artt. 140 e 141 del codice della strada e diligenza doverosa*, in *Giur. It.*, 2023, 11, p. 2473 ss. Nella manualistica, vd. A. MANNA, A. SERENI, *Diritto penale, parte generale. Teoria e prassi*, Milano, 2024, p. 257.

40. Su cui vd., diffusamente, G. MARINUCCI, *La colpa per inosservanza di leggi*, Milano, 1965, G. FORTI, *Colpa ed evento in diritto penale*, Milano, 1991, D. CASTRONUOVO, *La colpa penale*, Milano, 2009.

41. Vd. M. DI LELLO FINUOLI, *Criminalità stradale e prevenzione delle condotte pericolose*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2019, 3, p. 1383 ss. In argomento, vd. anche G. DE FRANCESCO, *In tema di colpa. Un giro d'orizzonte*, in [www.la-legislazionepenale.eu](http://www.la-legislazionepenale.eu), 3 febbraio 2021, il quale ha segnalato la scarsa propensione della giurisprudenza a valorizzare, in ipotesi di violazione delle regole cautelari vigenti in materia di circolazione stradale, il caso fortuito. Sull'interazione tra regole cautelari specifiche e generiche, vd. anche F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, p. 11 ss.

42. Vd. C. PIERGALLINI, voce *Colpa (diritto penale)*, in *Enc. Dir., Annali*, X, 2017, p. 228 s; F. GIUNTA, *Due colpe in una?*, in [www.discrimen.it](http://www.discrimen.it), 9 novembre 2021.

Con ciò non si vuole affatto sostenere che il fenomeno da ultimo richiamato sia estraneo al contesto statunitense. Tanto è vero che, scandagliando i repertori, si rintracciano pronunce, anche assai risalenti, come *State v Rountree*, 181 N.C. 535, 106 S.E. 669 (North Carolina 1921), con la quale si affermò che “*non basta osservare regole cautelari scritte, potendo subentrare forme di colpa generica. Nel fissare la velocità massima all’interno di una città o sulle strade pubbliche, la legge non pretende di stabilire una velocità che sia legale in tutte le circostanze. L’andamento di guida deve essere ragionevole e appropriato, considerando il tempo e il luogo e tenendo conto della larghezza, del traffico e dell’uso delle strade, né dovrebbe essere tale da mettere in pericolo la proprietà o la vita o l’integrità fisica di una persona. La velocità corretta, in determinate condizioni, può essere eccessiva in altre, e la velocità corretta durante il giorno potrebbe essere grossolanamente eccessiva di notte*”.

Fatto è, però, che la casistica giurisprudenziale negli *States* mostra come l’aggancio della liability al requisito minimo della colpa grave, nel limitare il valore della mera violazione della regola comportamentale nella prospettiva dell’attribuzione della responsabilità penale, ha indotto le corti ad approccio non eccessivamente severo.

Con la sentenza *Hightower v State*, 477 P.3d 103, 2020 WY 152 (Wyoming 2020), ad esempio, la Corte suprema del Wyoming ha stabilito che non ricorressero gli estremi dell’omicidio stradale colposo nel caso di una donna, con oltre un ventennio di esperienza quale camionista, la quale, trovandosi alla guida del proprio veicolo, si era addormentata (sull’ipotesi del “colpo di sonno”, vd., però, *infra*), oltrepassando la doppia striscia continua, andando ad urtare violentemente un veicolo proveniente dalla direzione opposta, provocando la morte del conducente dell’automobile e terminando la propria corsa a distanza di oltre duecento metri dall’impatto.

Si tratta, allora, di orientamenti emersi nel contesto di giurisdizioni ove, per l’appunto, la responsabilità per omicidio è vincolata a forme di colpa grave e che pongono in risalto come tale limitazione sia idonea a ridurre in maniera sensibile il raggio d’azione del diritto penale.

Come si avrà modo di osservare, però, la giurisprudenza tende ad approcciare in sede penale i casi di sinistri stradali con esiti lesivi a carico della persona con una metodologia *case to case*, senza l’ambizione, cioè, di sviluppare ragionamenti di ampio respiro, di edificare un solido impianto teorico tale da consentire la fruizione di parametri certi. Inoltre, come pure si illustrerà da qui a poco, a fronte di orientamenti per cui si nega che la mera violazione di talune regole comportamentali, generiche o specifiche, possa assurgere a colpa grave e, dunque, ad illecito penale (nelle giurisdizioni in cui vige siffatta limitazione), ben diverso è l’atteggiamento delle corti rispetto a particolari ipotesi e, in particolare, alla guida in stato di alterazione.

### 3.1.2. La *reasonable person*

La *negligence liability* è correlata al concetto di *reasonable person*, su cui i giuristi americani si sono soffermati in più occasioni, senza giungere a conclusioni universalmente condivise. Sul punto, l’autorevole manuale di diritto penale di Joshua Dressler si è così espresso: “*sebbene lo*

standard sia oggettivo, nel senso che la condotta dovrebbe essere comparata ad un modello ideale, si verificano costanti pressioni ad una soggettivizzazione del concetto, tale da incorporare e valorizzare alcune caratteristiche psichiche o fisiche dell'individuo. La visione tradizionale, che sta subendo una trasformazione moderna, è nel senso che, tendenzialmente, dovrebbero essere valutate in favore del defendant alcune caratteristiche fisiche, come la cecità, ma non quelle psichiche anche se queste impostazioni sono particolarmente controverse".<sup>43</sup>

Sul tema del deficit psichico, il landmark case è rappresentato da *People v Decina*, 2 N.Y.2d 133, 157 N.Y.S.2d 558, 138 N.E.2d 799 (New York 1956), con la quale la Corte d'appello di New York ha scrutinato il caso di un soggetto che, pur essendo consapevole di essere affetto da epilessia, si era posto alla guida e, nel corso di un attacco di convulsioni, perdendo il controllo del proprio veicolo, aveva investito e ucciso quattro bambini che camminavano su di un marciapiede. Il tutto confermando la sentenza di condanna per omicidio colposo, atteso che "questo imputato sapeva di essere soggetto a crisi epilettiche, che avrebbero potuto verificarsi in qualsiasi momento. Sapeva anche che un veicolo a motore in movimento senza controllo su una strada pubblica è uno strumento altamente pericoloso, capace di distruzione incontrollata. Con questa consapevolezza, e senza nessuno che lo accompagnasse, ha deliberatamente rischiato realizzando un'azione consapevole, ignorando le conseguenze che sapeva potessero derivarne, e che in questo caso si sono verificate. Possiamo affermare, in base alla legge, che ciò equivale a criminal negligence".

Simile linea è seguita anche dalla giurisprudenza nostrana, come evidenzia la sentenza Corte di Cassazione, Sez. IV, 25 maggio 2022, n. 28435, per la quale "in tema di omicidio colposo da circolazione stradale, l'improvviso malore esclude la colpa ove l'evento da cui derivano la perdita di conoscenza e la conseguente ingovernabilità della condotta sia imprevedibile, sicché non è invocabile da colui che, consapevole di essere affetto da epilessia, patologia farmaco-resistente che comporta episodi di perdita di coscienza, si sia posto alla guida di un autoveicolo e, colto da una crisi, ne abbia perso il controllo".

Analogamente, le corti si mostrano oltremodo restie ad ammettere e, soprattutto, a valorizzare prove difensive sul carattere e sulla "buona condotta di vita" dell'imputato, volte a scardinare l'accusa di omicidio colposo veicolare, come dimostra la sentenza *People v Weller*, No. B195505 (California Ct. App. Jun. 4, 2009), che ha esaminato il caso di un guidatore anziano che, penetrando

43. J. DRESSLER, *Understanding criminal law*, Durham, 2022, p. 132. In argomento, a livello monografico, vd. M. MORAN, *Rethinking the reasonable person. An egalitarian reconstruction of the objective standard*, New York, 2004. Tra i saggi, vd. P. WESTEN, *Individualizing the reasonable person in criminal law*, in *Criminal Law & Philosophy*, 2008, 2, p. 137 ss.; M. VITIELLO, *Defining the reasonable person in the criminal law: fighting the Lernaean Hydra*, in *Lewis & Clark Law Review*, 2010, 4, p. 1435 ss.; C. JACKSON, *Reasonable persons, reasonable circumstances*, in *San Diego Law Review*, 2013, 4, p. 651 ss. Su questo tema, nella letteratura nostrana, vd. F. BASILE, *La colpa in attività illecita*, Milano, 2005, spec. 277 ss. e ID., *Fisionomia e ruolo dell'agente-modello ai fini dell'accertamento processuale della colpa generica*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 12 marzo 2012; M. CAPUTO, *Colpa penale del medico e sicurezza delle cure*, Torino, 2017, p. 58 ss.; A. PERIN, *Prudenza, dovere di conoscenza e colpa penale. Proposta per un metodo di giudizio*, Napoli, 2020.

ad alta velocità all'interno di un mercato pubblico con la propria autovettura, aveva investito e ucciso numerose persone, e che intendeva sostenere che gli elementi sopra indicati dovessero condurre ad escludere la possibilità che il *defendant* avesse agito con consapevole disprezzo delle regole sulla circolazione.

Di massima, però, anche la circostanza che il *defendant* sia affetto da patologie fisiche, perlomeno nel settore in disamina, sembra rappresentare argomento poco utilmente spendibile dalle difese nella prospettiva dell'esclusione della *criminal negligence* [vd., ad esempio, *Bell v Commonwealth*, 170 Va. 597, 195 S.E. 675 (Virginia 1938) e, più di recente, *State v Al-Naseer*, 690 N.W.2d 744 (Minnesota 2005)].

In questa stessa ottica, si deve anche segnalare come, generalmente, le corti statunitensi tendano ad escludere che i c.d. “colpi di sonno”, dovuti a stanchezza o a *deficit* fisici, possano costituire elemento esimente nelle *vehicular offenses* e, anzi, non di rado in casi di *falling asleep* la giurisprudenza giunge alla conclusione che i sinistri stradali provocati dall'imputato siano frutto di una grave *breach of duty care* [vd., ad esempio, *Barrowes v State*, 390 P.3d 1126, 2017 WY 23 (Wyoming 2017), ove sono operati anche richiami a precedenti in altre giurisdizioni statunitensi].<sup>44</sup>

### 3.2. L'accertamento eziologico. La proximate cause ed il ruolo giocato da foreseeability e avoidability

La nozione di causa negli *States*, così come in altri paesi, è stata oggetto di interpretazioni diversificate nell'ambito della scienza, della filosofia e del diritto.

Quanto al contesto giuridico, si deve rilevare che la dottrina statunitense ha attentamente notato come, in effetti, la causalità rappresenti un istituto, si è sostenuto, “parrocchiale”, nel senso che l'approccio a tale concetto dipende da una vasta serie di fattori legati alle caratteristiche dell'ordinamento in cui esso viene sviluppato.

Ciò soggiungendosi che, di massima, essa viene declinata in maniera diversificata nei vari settori dell'ordinamento e, in particolare, nelle sfere del diritto civile e di quello penale, sebbene la funzione dei criteri di individuazione del rapporto causale si riveli sostanzialmente la stessa, ovverosia quella di attribuire una responsabilità per un evento dannoso ad un determinato soggetto.<sup>45</sup> Sicché, a partire da talora assai scarni (se non addirittura inesistenti) riferimenti normativi, e dalle peculiarità che connotano la storia, la società, la cultura e l'economia statunitensi, si sono dipanate le elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali, volte a definire il significato del lemma “causalità giuridica” e, più in generale, i criteri in base ai quali è possibile attribuire la *criminal liability* sotto il profilo oggettivo.

44. In ciò, gli orientamenti delle corti statunitensi si pongono in linea con la giurisprudenza nostrana. Vd., tra le più recenti, Corte di Cassazione, Sez. IV, 9 febbraio 2023, n. 18002; Corte di Cassazione, Sez. IV, 11 aprile 2023, n. 34342; Corte di Cassazione, Sez. IV, 30 gennaio 2024, n. 8291.

45. M.S. MOORE, voce Causality in the law, in E.N. Zalta, U. Nodelman (a cura di), Stanford Encyclopedia of Law, Stanford, 2024, p. 1 ss.

Nella tradizione anglo-americana, allora, è stata forgiata, innanzitutto, la locuzione *causation in fact*, che sta ad indicare la causalità in senso fisico, materiale, meccanicistico; in questa prospettiva, si tratta, quindi, di una visione della *causality* che s'ispira al concetto accolto in ambito scientifico.

Tale concetto, negli Stati Uniti d'America, si fonda su elementi ben noti allo studioso italiano, tra cui il *but for test*, nonché la *controfactual question* che, peraltro, in qualche modo riecheggiano il paradigma della *conditio sine qua non* e il ragionamento alternativo ipotetico, così come è risaputo che l'impiego delle leggi scientifiche ai fini della ricostruzione del nesso eziologico e della *beyond any reasonable doubt clause*, oggetto di studi assai approfonditi da parte della dottrina americana e di importanti *cases law*, è stato oramai elevato dalla giurisprudenza nostrana a strumento d'officina indispensabile per l'operatore del diritto.<sup>46</sup>

Ciò specie a seguito degli approfondimenti comparatistici condotti da Federico Stella, nell'auto-revole ed influente monografia *Giustizia e modernità*, che ha sviluppato, per l'appunto, un'ampia analisi proprio in ordine al concetto di causa accolto negli U.S.A.<sup>47</sup> e che ha ispirato alcuni importanti arresti giurisprudenziali.<sup>48</sup>

Da tale concezione si differenzia, allora, la *causality in law*, o *proximate* o, ancora, *legal cause*, che costituisce il mezzo per operare un collegamento sul piano *giuridico* tra una determinata condotta ed un evento rilevante per l'ordinamento, sulla base di un approccio che chiama in campo criteri non strettamente fisico-meccanicistici, talora "metafisici", spiccatamente valoriali e, in particolare, la *blameworthiness*, ovvero la riprovevolezza morale della condotta.<sup>49</sup>

Questa accezione può, giocoforza, determinare dei risultati, sul piano euristico-esplicativo, sensibilmente difformi da quelli cui consentirebbe di giungere la *causality in fact* e che, in effetti, nel diritto penale, possono rivelarsi talora *pro* e talaltra *contra reum*.

Quanto, ancora, alla *proximate cause*, occorre sottolineare che la dottrina e la giurisprudenza statunitense, pur di massima condividendo l'idea per la quale nella *criminal law* la causalità non potrebbe essere ricostruita sulla base del mero ricorso al modello offerto dalla *causation in fact*, non sono state in grado di giungere, sinora, ad una definizione precisa e condivisa del concetto.

46. Vd., *ex multis*, P. ASTORINA MARINO, *Causalità e fragilità epistemica: spunti per una riflessione sul valore normativo e politico-criminale dei limiti del diritto penale*, in G. De Francesco, G. Morgante (a cura di), *Il diritto penale di fronte alle sfide della società del rischio*, Torino, 2017, p. 259 ss.; F. D'ALESSANDRO, *La sentenza Franzese, venti anni dopo: punti fermi e nodi irrisolti della spiegazione causale nel processo penale*, in *Riv. It. Med. Leg.*, 2022, 4, p. 1047 ss.

47. F. STELLA, *Giustizia e modernità. La protezione dell'innocente e la tutela delle vittime*, Milano, 2001. Su questi argomenti, vd. anche L. MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale*, Milano, 2007, p. 3 ss.; C. VALBONESI, *Scienza e processo a confronto: brevi riflessioni sul reference manual non scientific evidence*, in Id., A. Amato, G. Flora (a cura di), *Scienza, diritto e processo penale nell'era del rischio*, Torino, 2019, p. 127 ss.

48. Il riferimento è alla sentenza Corte di Cassazione, Sez. Un., 11 settembre 2002, n. 30328, "Franzese", nonché a Corte di Cassazione, Sez. IV, 17 settembre 2010, n. 43786, "Cozzini".

49. Vd., per tutti, M.S. MOORE, *Causation and responsibility: an essay in law, morals, and metaphysics*, Oxford, 2009.

Ciò sebbene ricorrano, con una certa frequenza, proposizioni quali: “il fattore causale non può essere troppo lontano rispetto all’evento”; “non è causa quel fattore che s’inserisce in una dinamica eziologica anomala o bizzarra”; “non è possibile definire causa un fattore che attiene a danni non prevedibili o evitabili per il soggetto agente”; “il danno deve essere una conseguenza probabile di una determinata condotta”; “se l’azione non genera un rischio non consentito, essa non può essere considerata come causa dell’evento”.

La formula della *proximate cause*, in alcune delle versioni proposte, riecheggia, così, costruzioni che si basano sulla regolarità causale, la causalità adeguata, l’*id quod plerumque accidit*, la prevedibilità dell’evento quale sviluppo della condotta *contra ius* (*id est* la causalità “umana” di antoliseiana memoria), la nozione di rischio (che evoca la *objektive Zurechnung* e la *Risikotheorie*) e così via, che, con diverse sfumature, hanno formato oggetto di ben conosciute teorizzazioni continentali, tra cui quelle della dottrina italiana.<sup>50</sup>

Ciò non senza peculiarità, tra cui si segnala, ad esempio, la “*eggshell skull rule*”<sup>51</sup> (nonostante si possa rintracciare qualche affinità di tale figura con l’art. 41 c.p., che nega il carattere escludente del fattore causale preesistente/concomitante); la c.d. “*year and a day rule*” (importata dal *common law* inglese ed oggi desueta), in base alla quale il soggetto agente non potrebbe essere accusato di omicidio nel caso in cui la morte della vittima si verificasse a distanza di tempo dall’aggressione perpetrata; l’approccio estremamente restrittivo rispetto all’ascrizione della responsabilità nel contesto della causalità omissiva, che contraddistingue i sistemi penali d’oltreoceano.

Il modello s’inserisce in un *parterre* particolarmente complesso e articolato, che coinvolge il problema dell’accertamento della causalità al ricorrere di fattori multipli e concorrenti (*concurrent* o *joint causation*), ove diventa da subito chiara la potenzialità del modello in disamina, in termini di distacco rispetto alla *causality in fact*, nella misura in cui la responsabilità, secondo alcune linee esegetiche, potrebbe essere ascritta a ciascuno dei soggetti che avessero determinato un fattore causale sufficiente ma non necessario<sup>52</sup> rispetto all’evento, attraverso una logica svincolata dal puro condizionalismo.

In ogni caso, verosimilmente, il carattere più interessante del modello offerto dalla *proximate cause* è rappresentato proprio dall’intreccio tra causalità ed elemento psichico e, più precisamente, con *foreseeability* ed *avoidability* (che costituiscono dei fattori limitativi della responsabilità che altrimenti deriverebbe dalla verifica causale in termini puramente fisico-meccanicistici),<sup>53</sup> nonché con

50. In argomento, nella vasta letteratura nostrana, vd. A. CASTALDO, *L'imputazione oggettiva nel delitto colposo d'evento*, Napoli, 1989; S. ALEO, *Causalità, complessità e funzione penale*, Milano, 2009; G. LICCI, *La metafora della causalità giuridica*, Napoli, 2011; C. LONGOBARDO, *Causalità e imputazione oggettiva*, Napoli, 2011; G. CARUSO, *Gli equivoci della dogmatica causale*, Torino, 2013; K. SUMMERER, *Causalità ed evitabilità. Formula della condicio sine qua non e rilevanza dei decorsi causali ipotetici nel diritto penale*, Pisa, 2013. Nella manualistica, vd. M. PELISSERO, *Rapporto di causalità*, in Id., C.F. Grosso, D. Petrinì e P. Pisa, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2020, p. 249 ss.

51. Su cui vd. A. NORRIE, *Crime, reason and history: a critical introduction to criminal law*, Cambridge, 2014, p. 191 ss.

52. Sul significato di tali locuzioni, vd. S. PREZIOSI, *La causalità penale nell'orizzonte della "scienza nuova"*, Napoli, 2021, p. 321 ss.

la *blameworthiness* (che rappresenta, d'altro canto, una cifra distintiva del diritto penale statunitense, considerato nel suo complesso), la quale ha l'effetto di attribuire al concetto di causa un carattere oltremodo ambiguo.

Si tratta di temi di enorme vastità, che non è possibile esaminare *ex professo* in questa sede; finalizzando e, quindi, volgendo lo sguardo alla giurisprudenza e all'applicazione pretoria del modello in disamina al *vehicular manslaughter*, si può rilevare che, generalmente, le corti statunitensi tendono ad escludere la portata esimente di guasti del veicolo del *defendant*, ovvero sia dei *mechanical failure* [vd. *Bell v Commonwealth*, 170 Va. 597, 195 S.E. 675 (Virginia 1938), relativa al caso dello scoppio di uno pneumatico della vettura del *defendant*; *Bennett v People*, 155 Colo. 101 (Colorado 1964), sul difetto di funzionamento del sistema frenante, su cui vd. pure, di recente, *People v Bartelson*, No. D067471 (California Ct. App. Aug. 19, 2016), e *People v Otto*, No. 362161 (Michigan Ct. App. Sep. 14, 2023); *People v Friesen*, 58 Ill. App. 3d 180, 374 N.E.2d 15 (Illinois App. Ct. 1978), sul malfunzionamento del sistema di illuminazione; *State v Lamprey*, 149 N.H. 364, 821 A.2d 1080 (New Hampshire 2003), per i guasti al motore].<sup>54</sup>

Un orientamento analogamente restrittivo si registra, altresì, rispetto alle *road conditions* e ai *roads defects*, atteso che, di massima, le corti statunitensi ritengono che rientri tra gli obblighi del conducente dei veicoli su strada quello di prevedere la possibilità che si verifichino tali inconvenienti, tanto che quest'ultimi, di per sé, non sono ritenuti causa di esenzione da responsabilità colposa [vd. *State v Yazzie*, 116 NM 83 (NM Ct. App. 1993); *State v Yarborough*, 120 N.M. 669, 905 P.2d 209 (New Mexico Ct. App. 1995); *State v Wieckowski*, 2011 Ohio 5567 (Ohio Ct. App. 2011); *State v Lowe*, 124 A.3d 156, 2015 Me. 124 (Meine 2015); *Koroly v State*, 257 So. 3d 1096 (Florida Dist. Ct. App. 2018); *Sanders v State*, No. 02-18-00539-CR (Texas App. Sep. 3, 2020); *Snead v Commonwealth*, No. 0044-22-3 (Virginia Ct. App. Mar. 7, 2023)].<sup>55</sup>

Così pure le corti statunitensi, con diversi arresti, hanno negato che il concorso di fattori causali, attribuibili a diversi utenti della strada, nel loro complesso produttivi dell'evento lesivo (*id est*, in ipotesi che si potrebbero definire come di causalità cumulativa), possano escludere la responsabilità colposa da sinistro stradale [vd., ad esempio, *State v Peaslee*, 571 A.2b 825 (Maine 1990), nonché *People v Montalvo*, No. A129490 (California Ct. App. Jan. 31, 2012)].

53. Su questi temi vd., nella letteratura nostrana, E. MEZZETTI, *Autore del reato e divieto di regresso nella società del rischio*, Napoli, 2021. In precedenza, G. FORNASARI, *Il principio di esigibilità nel diritto penale*, Padova, 1990, passim.

54. Si tratta di una linea che è stata sostanzialmente sposata anche dalla Corte di cassazione. Vd., ad esempio, Corte di Cassazione, Sez. IV, 26 ottobre 2021, n. 11031; Corte di Cassazione, Sez. IV, 11 maggio 2021, n. 21561; Corte di Cassazione, Sez. IV, 30 novembre 2023, n. 9895.

55. Tale orientamento è analogo a quello della giurisprudenza italiana. Vd., ad esempio, Corte di Cassazione, Sez. IV, 13 giugno 2012, n. 34154, con la quale si è esclusa la natura esimente di difetti del manto stradale nonché della mancanza di idonea segnaletica orizzontale e verticale e, più di recente, Corte di Cassazione, Sez. IV, 4 ottobre 2023, n. 47403, con la quale si è affermata l'irrelevanza di fattori esterni quali, oltre che l'autoesposizione a pericolo da parte della vittima, la carenza di illuminazione pubblica della sede viaria.

L'approccio a questi temi da parte della giurisprudenza statunitense contribuisce, allora, a chiarire i caratteri della *proximate cause*, che conduce l'interprete ad affrontare i problemi causali e, in particolare, quello dei fattori concomitanti, attraverso una metodologia connotata da una profonda compenetrazione tra elemento oggettivo (*actus reus*) e soggettivo (*mens rea*).

In quest'ottica, *foreseeability* e *avoidability*, quindi, costituiscono nel loro insieme uno strumento che, inquinato dalla logica del senno di poi (c.d. "*hindsight bias*"),<sup>56</sup> consente di giustificare soluzioni giurisprudenziali ispirate da una pluralità di esigenze, quali: la prevenzione generale (coltivata, però, a scapito del singolo individuo); la punizione del soggetto che, attraverso il proprio trascorso di vita o, comunque, per via di comportamenti non conformi allo *standard* legale (o ritenuti moralmente riprovevoli) tenuti in occasione del sinistro, venisse ritenuto meritevole di rimarchevole biasimo;<sup>57</sup> la conformazione del verdetto ad una logica "distributiva", ovvero sia di "allocazione" della responsabilità ad un individuo soprattutto nella prospettiva di porre a suo carico il risarcimento del danno.<sup>58</sup>

Quanto evidenziato sinora, d'altro canto, fornisce una chiave di lettura agli orientamenti giurisprudenziali relativi all'ipotesi di "*multiple-sufficient-cause*" (causalità c.d. "addizionale", nella terminologia nostrana), che pure si riferisce ad ipotesi di fattori causali concomitanti e che mostra come la *proximate cause* possa condurre a risultati difformi rispetto a quelli cui condurrebbe la *but for clause*.

Si può segnalare, in proposito, un'interessante pronuncia della Corte suprema del Michigan, *People v Tims e Kneip*, 449 Mich. 83, 534 N.W.2d 675 (Michigan 1995), che ha affrontato il caso di un pedone investito da due autovetture e la questione sollevata dalla difesa di un imputato (il quale, per inciso, si era messo alla guida in stato di alterazione da assunzione di bevande alcoliche) che, facendo leva sulla clausola *but for*, aveva condotto all'assoluzione, essendo risultato incerto, all'esito degli accertamenti tecnici, quale dei due conducenti avesse concretamente cagionato la morte, in un contesto in cui ciascuno degli impatti aveva provocato ferite di per sé fatali.

La Corte suprema, allora, ha rilevato l'erroneità della soluzione sposata nella sentenza gravata, rilevando che "*l'espressione proximate cause, nei casi di omicidio, di frequente si interfaccia con un solo atto criminale: un coltello che ferisce, una pistola che spara, o un'auto guidata in modo*

56. Su cui vd. anche D. MICHELETTI, *Attività medica e colpa penale. Dalla prevedibilità all'esperienza*, Napoli, 2021, p. 33 ss. e M. DONINI, *Nesso di rischio. Il disvalore di azione-evento*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2022, 1, p. 25 ss.; G. CIVELLO, *Colpa stradale, affidamento e autoresponsabilità*, in *Sistema Penale*, 2024, 2, p. 37 ss.

57. Sul tema della prevedibilità *in re illicita*, nella dottrina italiana, vd. A. NAPPI, *La prevedibilità nel diritto penale*, Napoli, 2020, p. 261 ss.

58. Con ciò mutuando, ma impropriamente, una delle funzioni della *tort law*, su cui vd. G. CALABRESI, *The costs of accidents: a legal and economic analysis*, New Haven, 1970; R.A. POSNER, *Causation in tort law: an economic approach*, in *Journal of Legal Studies*, 1983, 1, p. 109 ss.; L. KAPLOW, S. SHAVELL, *Why the legal system is less efficient than the income tax in redistributing income*, in *Journal of Legal Studies*, 1994, 2, p. 667 ss.; C. FRIED, D. ROSENBERG, *Making tort law: what should be done and who should do it*, Washington, 2003; K.S. ABRAHAM, *The forms and functions of tort law*, New York, 2012. Più di recente, nella vastissima letteratura, vd. J.C.P. GOLDBERG, B.C. ZIPURSKY, *Recognizing wrongs*, Cambridge, Massachusetts, 2020.

spericolato. L'espressione non implica, però, che un imputato sia responsabile del danno solo quando il suo atto sia l'unico antecedente. L'idea che la presenza di una *additional cause* di morte possa costituire oggetto di una eccezione fondata è incoerente con la nozione comunemente accettata di responsabilità. L'adesione a siffatta linea condurrebbe alla soluzione aberrante per cui, ad esempio, se un neonato morisse perché chiuso in un'auto sotto ad un sole cocente, e il bambino fosse stato lasciato lì da due genitori anziché da uno solo, nessuno dei due potrebbe essere ritenuto penalmente responsabile. Allo stesso modo, se un ospite morisse in un incendio in un hotel divampato perché un altro ospite stava facendo scoppiare petardi in una stanza, la condotta estremamente colpevole di quest'ultimo ospite sarebbe scusata se si scoprisse che, a sua insaputa in quel momento, un'altra persona che stava facendo la stessa cosa ha appiccato accidentalmente un incendio all'altra estremità dell'hotel. Tali esempi illustrano la base della sana proposizione incarnata nella dottrina causale, secondo cui fattori eziologici congiunti di eguale portata non scusano un comportamento colpevole".<sup>59</sup>

### 3.3. La colpa della vittima e l'autoesposizione a pericolo come fattore causale concorrente

Negli Stati Uniti, l'effetto esimente della colpa concorrente della vittima e dell'auto-esposizione al pericolo da parte della stessa nel caso di *vehicular manslaughter* è oggetto di un'annosa disputa. Quanto alla *contributory negligence*, in genere, la colpa concorrente della vittima non è ritenuta dalla giurisprudenza idonea ad elidere la *criminal liability*. Ciò nonostante, si tratta di un fattore che potrebbe risultare rilevante alla luce di taluni parametri che connotano la *proximate cause* e, in particolare, della *foreseeability*.

Qualora, infatti, il comportamento tenuto dalla vittima si rivelasse particolarmente anomalo e determinante rispetto alla situazione di rischio, ciò, a rigore, potrebbe incidere sulla prevedibilità dell'evento o, comunque, sul grado della colpa rivestito dalla condotta del conducente, tanto da far emergere una forma di colpevolezza non idonea a raggiungere il livello della *gross negligence* o tale da escludere il ricorrere della *recklessness*.

Siffatta linea è stata seguita dalle corti supreme di vari Stati in varie pronunce intervenute tra gli anni '20 e gli anni '40 dello scorso secolo. Così, con *State v Martin*, 122 S.C. 286, 115 S.E. 252 (South Carolina 1922), la Corte suprema del South Carolina annullò una sentenza di condanna per omicidio colposo di un bambino che, attraversando d'improvviso una strada, era stato investito da un automobilista che, nell'occasione, perlomeno per quanto sostenuto dall'accusa, aveva superato i limiti di velocità.

Ciò rilevando come la giuria non fosse stata adeguatamente istruita sul concetto di *negligence* correlato all'infortunistica stradale e che "l'omicidio colposo presuppone l'uccisione involontaria di un essere umano. La negligenza è la mancanza della dovuta diligenza, sottolineando la parola 'do-

59. Sul tema della causalità addizionale e sulla *sufficient cause*, vd. P.H. ROBINSON, T.C. WILLIAMS, *Mapping American criminal law. Variation across the fifty States*, Santa Barbara, 2018, p. 65 ss., nonché, in precedenza, R.W. WRIGHT, *Causation in tort law*, in *California Law Review*, 1985, 4, p. 1735 ss.

*vuta, vale a dire la diligenza che è imposta in tutte le circostanze che circondano la persona la cui condotta è sotto inchiesta. La negligenza è fare ciò che una persona di ordinaria prudenza e cura non avrebbe fatto, o lasciare incompiuto ciò che una persona di ordinaria prudenza e cura non avrebbe lasciato incompiuto in tutte le circostanze che circondano la persona la cui condotta è sotto inchiesta. La legge erige come standard un uomo di ordinaria prudenza e cura. Non la persona più attenta o più negligente, ma una persona di ordinaria prudenza e cura. Se si ritenesse che l'imputato si sia comportato secondo lo standard di un uomo di ordinaria prudenza e diligenza non è colpevole di alcun reato. Al contrario, e se l'inosservanza della dovuta diligenza dovesse ritenersi la causa prossima della morte, allora lo l'imputato è colpevole di omicidio colposo. Quando una persona si trova ad affrontare un'emergenza improvvisa, la legge misurerà di conseguenza la sua condotta".* Siffatta linea è stata successivamente ribadita e approfondita da *State v Eldridge*, 197 N.C. 626, 150 S.E. 125 (North Carolina 1929), per la quale *"sebbene la dottrina della negligenza concorrente non si applichi in sede penale, laddove la difesa deduca che il defunto ha incontrato la morte per sua stessa negligenza, passando inaspettatamente davanti all'automobile dell'imputato in circostanze che gli avrebbero reso impossibile evitare di colpirla, la giuria deve essere adeguatamente istruita su questo aspetto"*.

Con *Copeland v State*, 154 Tenn. 7, 285 S.W. 565 (Tennessee 1926), la Corte suprema del Tennessee ha stabilito che *"per sostenere una condanna per omicidio colposo, la morte deve essere stata la conseguenza naturale e probabile dell'atto illecito e non il risultato di una causa interveniente indipendente alla quale l'imputato non ha partecipato e che non poteva prevedere"*.

In particolare, il *defendant*, percorrendo a velocità regolare con la propria automobile un tratto di strada, giungendo in prossimità di un carro trainato da muli che trasportava un grosso quantitativo di tronchi d'albero, non si era avveduto della presenza di un bambino che, per gioco, stava correndo dietro al carro e che, d'improvviso, si era posto nel mezzo della strada.

Sicché, l'interessato, condannato per omicidio, spiegò ricorso che venne accolto sulla base della seguente motivazione: *"il giudice del processo non ha informato la giuria che, per condannare l'imputato per omicidio, deve risultare che la morte non sia stata il risultato di un incidente, bensì il risultato naturale e probabile di un atto sconsiderato o colpevolmente negligente. Il concorso di negligenza del bambino non esenterebbe di per sé Copeland dalla responsabilità. Ma la condotta della vittima avrebbe dovuto essere presa in considerazione per determinare se, in base alle circostanze, la negligenza di Copeland fosse la causa prossima della morte o se la morte fosse stata causata da un incidente inevitabile. Si deve sempre tenere conto di disavventure e incidenti, distinti dalla negligenza penalmente rilevante. Si deve trattare di una negligenza di un grado più elevato di quello richiesto per stabilire la responsabilità civile, e l'accusa ha l'onere di dimostrare che l'evento non fosse improbabile in base ai fatti così come si sono verificati, il che ragionevolmente avrebbe dovuto influenzare la condotta dell'imputato. Atteso che Copeland non ha superato il limite di velocità, non avrebbe potuto essere condannato a meno che la sua condotta non fosse stata così sconsiderata e negligente da dimostrare un disprezzo per la vita delle persone in autostrada, e il giudice del processo avrebbe dovuto informare la giuria che non avrebbe potuto intervenire condanna. Affinché un'accusa per omicidio colposo possa ritenersi fondata, la morte deve essere stata*

*la conseguenza naturale e probabile dell'atto illecito e non il risultato di una causa interveniente indipendente, alla quale l'imputato non ha partecipato e che non poteva prevedere*".

Successivamente, con *State v Frank*, 51 Idaho 21, 1 P.2d 181 (Idaho 1931), la Corte suprema dell'Idaho annullò con rinvio la sentenza impugnata con la quale l'imputato era stato condannato per omicidio colposo, rilevando che la circostanza per cui il *defendant* fosse stato distratto dal passeggero dal sedile posteriore dell'automobile avrebbe dovuto essere sottoposta alla giuria perché idonea ad escludere la responsabilità per l'incidente occorso e, in particolare, per la fuoriuscita del veicolo dal circuito stradale con la conseguente morte del giovane passeggero.

Con la sentenza *Sheffield v State*, 126 Tex. Crim. 370, 72 S.W.2d 245 (Texas Crim. App. 1934), la Court of appeals del Texas, nell'annullare la sentenza di condanna di un imputato, affermò: *"il caso che ci troviamo di fronte richiede la massima attenzione. Una giovane donna è stata uccisa. È stata uccisa da un'automobile. Immediatamente le simpatie di una giuria trovano un freno nella circostanza che l'imputato ha dimostrato di avere una buona reputazione. Non è fuggito dopo l'incidente, ma si è fermato e ha prestato soccorso. L'incidente sfortunato è avvenuto verso le dieci di sera. La scena non era ben illuminata, anzi. La vittima stava attraversando la strada verosimilmente in un punto dove non c'erano strisce pedonali e non vi era motivo per un automobilista di aspettarsi che una persona a piedi stesse attraversando. La ragazza si è fermata al centro della carreggiata per via del passaggio di un mezzo con rimorchio che, evidentemente, ha impedito all'automobilista di individuare il pedone. La condotta della giovane donna ha reso la collisione non evitabile attraverso l'esercizio della normale diligenza"*.

Con *Hurt v State*, 184 Tenn. 608, 201 S.W.2d 988 (Tennessee 1947) la Corte suprema del Tennessee ritenne che la circostanza per la quale la vittima, alla guida di un calesse, viaggiando di sera, non avesse adottato strumenti per garantire la visibilità del proprio veicolo costituisca elemento valutabile ai fini dell'esclusione della responsabilità per omicidio colposo del *defendant*, sebbene questi si fosse posto alla guida del proprio automezzo in stato di alterazione derivante dall'assunzione di sostanze alcoliche.

Guardando, però, alla casistica più recente, si deve notare come gli orientamenti delle corti statunitensi si rivelino particolarmente refrattari alla valorizzazione dell'autoesposizione della vittima in ottica esimente. Ciò specie in ordinamenti, quale quello di Washington, in cui il *vehicular manslaughter* si regge su una forma di responsabilità oggettiva [vd. *State v Imokawa*, 450 P.3d 159 (Washington 2019)], nonché in quelli ove il *vehicular manslaughter* si configura già al ricorrere della *simple negligence*.

Così, con *People v Villaseñor*, No. D059742 (California Ct. App. Sep. 14, 2012) si è affermata la responsabilità di un conducente che, percorrendo un'autostrada a velocità superiore ai limiti, aveva travolto una donna che, ubriaca e disorientata, aveva attraversato d'improvviso la sede viaria, rimarcando la Corte come la responsabilità del *defendant* avrebbe potuto essere esclusa solo laddove il comportamento della vittima fosse risultato l'unico fattore determinante l'evento. Analogamente, con la più recente *People v Monroe*, No. B319165 (California Ct. App. Jan. 26, 2024), nel ribadirsi il concetto sopra riportato, è stato escluso che il mancato utilizzo da parte della vittima delle cinture di sicurezza potesse considerarsi fattore causale assorbente.

La stessa ritrosia nell'approccio ai casi di autoesposizione a rischio da parte della vittima del sinistro si registra, però, anche in giurisdizioni ove l'omicidio è correlato a *gross negligence* (o *recklessness*); così, ad esempio:

- con *State v Dodge*, 567 A.2d 1143 (Vermont 1989) si è esclusa la rilevanza causale del fatto che la vittima non avesse indossato la cintura di sicurezza;
- con *State v Neumiller*, No. A23-1035 (Minnesota Ct. App. May. 13, 2024) è stata confermata la condanna di imputato che non si era fermato allo *stop* impattando contro un veicolo che, pur avendo la precedenza, non aveva rispettato il limite di velocità;
- con *Singh v State*, No. 23A-CR-2453 (Indiana App. May. 24, 2024), la Corte d'appello dell'Indiana ha confermato la condanna imputato per *reckless homicide* per aver proceduto a retromarcia su di un'autostrada, andando ad impattare con l'autovettura della vittima che, distraendosi alla guida perché era intenta nello scrivere dei messaggi sul telefono cellulare, aveva tamponato il veicolo del *defendant*.

Tali tendenze si fondano sul principio, più generale, per il quale la *contributory negligence*, ossia la colpa concorrente, non troverebbe applicazione nel settore penale, come affermato – tra le tante – da *Stalcup v State*, 311 P.3d 104, 2013 WY 114 (Wyoming 2013); *State v Wilson*, 421 P.3d 742 (Kansas 2018); *State v Mondor*, 306 Ga. 338, 830 S.E.2d 206 (Georgia 2019).

Una qualche apertura al riconoscimento del possibile impatto del comportamento della vittima sulla responsabilità dell'imputato per *negligent manslaughter* si registra, invece, nel caso in cui il soggetto leso non solo abbia scientemente generato una situazione di rischio, ma abbia tenuto un comportamento penalmente rilevante, come nel caso di *dragrace* (gare non autorizzate di velocità tra veicoli), come dimostra, ad esempio, la sentenza *Velazquez v State*, 561 So. 2d 347 (Florida Dist. Ct. App. 1990), sebbene si tratti di un contesto che fa emergere soluzioni alquanto diversificate [vd., anche per una panoramica dei precedenti in altre giurisdizioni, *State v Farner*, 66 S.W.3d 188 (Tennessee 2001)].

Del resto, anche in Italia la giurisprudenza, nell'infortunistica stradale, si è mostrata particolarmente restia a valutare in ottica esimente la colpa concorrente della vittima, tanto è vero che il legislatore, al fine di attenuare i rigori delle previsioni codicistiche e gli effetti di orientamenti giurisprudenziali particolarmente severi, ha inserito nel corpo degli artt. 589-bis e 590-bis c.p. delle specifiche circostanze attenuanti, che si estendono ad ogni ipotesi (*id est*, non solo all'autoesposizione a pericolo da parte della persona offesa) in cui il sinistro con esiti lesivi sia il frutto di una pluralità di fattori, non tutti riconducibili al comportamento tenuto dal reo.

In argomento, si può anche rimarcare che, contrariamente alla realtà nostrana, ove la dottrina, anche a livello monografico, ha elaborato raffinate teorie in ordine all'incidenza sui decorsi causali dell'autoesposizione a pericolo della vittima,<sup>60</sup> nonché in ordine al principio di affidamento,<sup>61</sup> ben

60. Vd. O. DI GIOVINE, *Il contributo della vittima nel delitto colposo*, Torino, 2003; S. TORDINI CAGLI, *Principio di autodeterminazione e concorso dell'avente diritto*, Bologna, 2009; L. CORNACCHIA, *La vittima nel diritto penale contemporaneo, tra paternalismo e legittimazione del potere coercitivo*, Roma, 2012; M. VENTUROLI, *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015 (spec., per quanto riguarda gli illeciti colposi, 259

più scarno si mostra il panorama letterario americano nel settore penalistico ove, al più, siffatte questioni sono state affrontate in trattazioni più ampie sulla causalità e nelle riviste sono state spesso analizzate dagli studiosi della materia in maniera assai sfuggente.

Quanto al principio di affidamento (che nel panorama italiano è comunque oggetto di un atteggiamento assai restrittivo ad opera della giurisprudenza),<sup>62</sup> esso è stato evocato dalle corti in rarissime occasioni (il che è frutto del tradizionale isolamento della scienza penale d'oltreoceano rispetto alle esperienze europee e, in particolare, quelle di *civil law*); in ogni caso, tra gli arresti più recenti e significativi, si può richiamare *People v Hernandez*, No. F077476 (California Ct. App. 18 feb. 18, 2021) che, per l'appunto, si è soffermata sulla *reasonable expectation* nel contesto della circolazione autoveicolare.

Per quel che qui più rileva, l'imputato aveva impugnato la sentenza di condanna per omicidio emessa nei propri confronti, sostenendo che sebbene la condotta di guida scorretta riferibile al *defendant* avesse generato le precondizioni dell'infortunio occorso alla vittima, l'evento sarebbe stato prodotto dalla volontaria autoesposizione a pericolo da parte di quest'ultima e che, nelle particolari condizioni in cui si era consumata la vicenda, l'imputato avrebbe riposto un legittimo affidamento nelle capacità di guida della vittima stessa.

La Corte d'appello californiana, allora, nel rigettare il ricorso, ha rilevato: “*un imputato la cui condotta è stata una causa prossima dell'evento non è esente da responsabilità nel caso di concorso della condotta di un'altra persona, seppur connotata da negligenza e anche laddove essa abbia contribuito a causare l'evento stesso. Nei procedimenti penali, la negligenza contributiva della vittima o di una terza parte non esonera da responsabilità, a meno che la condotta della vittima o della terza parte non sia stata l'unica o la causa principale della morte. Se una causa interveniente è un risultato normale e ragionevolmente prevedibile dell'atto illecito compiuto dall'imputato, l'atto interveniente è dipendente e non una causa sostitutiva, e non esonererà l'imputato dalla responsabilità. Pertanto, è solo una causa interveniente imprevedibile, un evento straordinario e anomalo, che si eleva al livello di una causa esonerativa e sostitutiva. Inoltre, un fattore causale può ritenersi sorpassante solo laddove esso interrompa la causal chain, dopo l'atto originario del defendant, e l'atto dell'imputato abbia perso la propria capacità di produzione del danno. La circostanza che l'evento si sia originato da una condotta di guida scorretta, cui sia seguita altra ascrivibile ad un terzo, che risulti prevedibile, non esclude la liability di colui che ha compiuto la prima condotta. Il test da impiegare non è se altri abbiano condotto scorrettamente un veicolo, ma se l'imputato si sia reso conto, o avrebbe dovuto rendersi conto, che la conseguenza del proprio comportamento avrebbe potuto sfociare nell'evento. In punto di diritto, l'autoesposizione della vittima a*

ss.); G. CIVELLO, *Il principio del sibi imputet nella teoria del reato. Contributo allo studio della responsabilità penale per fatto proprio*, Torino, 2017; M. RONCO, M. HELFER (a cura di), *Diritto penale e autoresponsabilità. Tra paternalismo e protezione dei soggetti vulnerabili*, Torino, 2020.

61. Su cui vd., per tutti, M. MANTOVANI, *Il principio di affidamento nella teoria del reato colposo*, Milano, 1997.

62. Anzi, secondo F. CONSULICH, *Il concorso di persone nel reato colposo*, Torino, 2023, p. 36, la giurisprudenza italiana sarebbe addirittura “impermeabile” al concetto.

*pericolo non rappresenta generalmente causa interveniente o sostitutiva. Se un individuo guida scorrettamente, provocando un sinistro e la morte di un terzo, non può difendersi sostenendo che la vittima non indossasse le cinture di sicurezza. Simili deduzioni si rivelano come tentativi di iniettare nel diritto penale moderno principi ad esso estranei, per farla franca. La società non può permettere a un imputato di sfuggire alla responsabilità semplicemente perché una vittima non è stata sufficientemente cauta. Altrimenti, il sistema essenzialmente concederebbe un lasciapassare dalla prigione per qualsiasi malfattore per il solo fatto di essersi imbattuto in particolari tipi di vittima. L'imputato non può validamente dedurre di aver nutrito ragionevoli aspettative sulla condotta e sulle capacità di guida della vittima".*

Si tratta, chiaramente, di linee di particolare rigore, alimentate da esigenze di politica criminale coltivate in sede pretoria nonché dal disvalore di determinati comportamenti (l'imputato, nel caso di specie, stava tentando di sfuggire ad un controllo e la vittima, un *police officer*, aveva trovato la morte anche a causa di un'erronea manovra, compiuta nel corso dell'inseguimento),<sup>63</sup> che, comunque, risultano pienamente coerenti con quelle che, più in generale, si registrano in ordine all'impiego della *proximate cause*.

#### 3.4. *La proximate cause e i fattori eziologici sopravvenuti. L'emblematico caso della malpractice medica*

È risaputo che la sibillina tessitura dell'art. 41 c.p. abbia sollevato plurimi dubbi interpretativi; la gran parte delle perplessità, a ben considerare, si focalizzano, però, sulla portata "sorpasante" dei fattori causali sopravvenuti, ove l'impiego della locuzione "da soli sufficienti", nonché, nei lavori preparatori, dell'esempio dell'incendio divampato nell'ospedale ove viene ricoverato il soggetto precedentemente ferito per mano del soggetto agente, certo non hanno fornito all'interprete dei punti di riferimento di pronta fruibilità.

È altrettanto noto che la giurisprudenza abbia fatto registrare, sinora, un approccio al tema alquanto restrittivo, attribuendo, cioè, effetto esimente solo a fattori causali sopravvenuti "autonomi", "indipendenti", "abnormi", allorquando, cioè, la condotta del soggetto che abbia posto in essere un fattore antecedente e una situazione di rischio possa ritenersi mera "occasione" sulla quale s'innesti altro fattore eziologico successivo, determinato da terzi, "straordinario" e dotato di assorbenti caratteri causali, ma anche di spiccato disvalore sociale (e, in particolare, nell'ipotesi in cui esso sia stato prodotto volontariamente o, addirittura, sia penalmente rilevante *ex se*).

Tali orientamenti, dunque, giungono a penalizzare la realizzazione di una situazione di rischio iniziale, specie in contesti di elevato allarme sociale, piuttosto che la prevedibilità dell'evento, perlomeno nel prisma delle concrete dinamiche in cui esso si materializza.<sup>64</sup>

63. Per un caso ed una soluzione analoga, vd. *People v Gray*, No. D073851 (California Ct. App. Aug. 27, 2018).

64. Sull'allarme sociale ormai stabilmente associato ai reati stradali, vd. A. PECCIOLI, *Gli interventi legislativi di restyling dei reati colposi stradali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2011, 1, 36 ss.

Dimostrazione di ciò è la casistica che si è formata in ordine alle ipotesi in cui da un sinistro stradale derivino lesioni e la necessità del ricovero in una struttura ospedaliera ove, per l'effetto di *malpractice* sanitaria, l'infortunato-paziente deceda (vd. Corte di Cassazione, Sez. IV, 16 maggio 2017, n. 28010).<sup>65</sup>

Ad analoga soluzione le corti statunitensi giungono, però, sulla base del ricorso alla *proximate cause* con riferimento al fenomeno della c.d. “*causal intervention*” e all'errore sanitario successivo al sinistro.

A tal riguardo si può, allora, richiamare *State v Limary*, 235 A.3d 860, 2020 Me. 83 (Meine 2020), con cui la Corte suprema del Maine ha espresso un principio sostanzialmente pacifico negli orientamenti giurisprudenziali statunitensi: “*in numerosi contesti di causalità concorrente, la giurisprudenza ha riconosciuto che una giuria può affermare la sussistenza del nesso nonostante che altri fattori, non riconducibili al reo, possano aver contribuito alla morte della vittima. Ad esempio, nel caso in cui la ferita provocata dall'imputato, accompagnata da altre lesioni non inflitte da tale soggetto; in quello della vittima gettata da un'autovettura in corsa e poi investita, allorquando il patologo non fu in grado di determinare se la morte fosse stata determinata dalla caduta o dall'investimento; nell'episodio della morte della vittima di una rapina, affetta da patologia cardiaca e deceduta per l'effetto dello stress ingenerato dall'azione criminale. Costituisce, altresì, principio incontroverso che, quando viene fornito un trattamento medico ad una vittima ferita, il trattamento negligente non può essere considerato come una causa esimente se non nel caso di condotta medica talmente scorretta da rasantare il dolo. Ciò sulla base del fatto che la mera negligenza medica può essere ragionevolmente prevista. Diverso è il caso in cui la negligenza sia tale da rappresentare un comportamento umano anormale. La maggior parte delle giurisdizioni ha adottato quello che è stato definito sole cause test, in base al quale la negligenza costituisce elemento assorbente solo se essa è stata l'unica causa della morte. Con la conseguenza che una lesione è la causa prossima della morte risultante anche se il defunto si sarebbe ripreso se fosse stato curato con i metodi chirurgici più appropriati o con metodi più abili, o con cure semplicemente più prudenti. Applicando questi standard generalmente accettati le corti negano che una giuria possa escludere il nesso di causalità nonostante l'intercessione di un trattamento medico negligente, quando la lesione sia così pericolosa di per sé che il trattamento medico non possa costituire l'unica causa di morte*”.

A diversa soluzione, ad avviso della Corte, si potrebbe pervenire, invece, in casi quali quello deciso in *People v Stewart*, 358 NE2d 487 (New York 1976): “*una Corte ha ritenuto che le prove non fossero sufficienti a stabilire un nesso causale oltre ogni ragionevole dubbio allorquando la vittima era stata pugnalata allo stomaco e, durante l'operazione, i chirurghi avevano scoperto un'ernia sulla quale erano intervenuti, provocando un arresto cardiaco*”.

65. Sul tema dell'errore sanitario come causa sopravvenuta sorpassante, vd. G. MARTIELLO, *A proposito dell'errore medico quale causa sopravvenuta da sola sufficiente a determinare l'evento ai sensi dell'art. 41 cpv c.p.*, in *Giust. Pen.*, 2011, 10, II, p. 527 ss.; A. VALLINI, *Colpa medica, concause sopravvenute e competenza per il rischio: qualcosa di nuovo, anzi d'antico*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2015, 12, p. 1537 ss.

Più in generale, l'idea condivisa in giurisprudenza è che colui il quale, attraverso una condotta *contra ius*, perché in violazione delle regole sulla circolazione stradale, abbia generato il rischio debba rispondere per gli effetti determinati dall'evoluzione di siffatta situazione di fatto, anche laddove intervenissero fattori causali posti in essere da terzi; sicché, a fronte di una *avoidability "in re ipsa"* (poiché l'osservanza delle regole eviterebbe *in radice* il sorgere del rischio), la *foreseeability* finisce con il rivelarsi un mero simulacro, consentendo di attrarre nel raggio della colpa anche condotte altrui oltremodo anomale e *negligent*.

Si è al cospetto, allora, di orientamenti prevalenti<sup>66</sup> che, al netto delle perplessità che essi possono generare alla luce dei principi e delle garanzie propri della materia penale nell'era contemporanea, contribuiscono a fornire un'immagine ancor più chiara della portata della *proximate cause*.

#### 4. La responsabilità penale “da rischio”

Negli *States*, i legislatori degli Stati federati hanno introdotto a sistema una vasta serie di illeciti penali correlati alla creazione di rischi “non consentiti” alla sicurezza della circolazione o, comunque, alla realizzazione di condotte astrattamente pericolose.

In proposito, si deve, innanzitutto, richiamare l'ipotesi di *reckless driving*, ovverosia (si potrebbe tradurre) di “guida spericolata”, prevista da tutti gli statuti, seppur con diverse *nuance*.

Dal punto di vista storico, si rileva che, agli inizi del secolo scorso, i legislatori statunitensi, con l'implementazione del numero dei veicoli in circolazione e, conseguentemente, dei fattori di rischio, inserirono a sistema norme che sanzionavano la guida spericolata con pene blande, di natura pecuniaria.

Si trattò, peraltro, di iniziative che alcuni studiosi censurarono aspramente, affermando che l'introduzione di un numero eccessivo di regole e di sanzioni, quali ad esempio quelle correlate ai limiti di velocità, si sarebbe posta in tensione con le libertà fondamentali, sancite dalla Costituzione statunitense, tra le quali quella di iniziativa economica, in termini di sviluppo del settore produttivo automobilistico.<sup>67</sup>

Sicché, a fronte di tale scarno avamposto nella prospettiva della prevenzione, ad uno con la frequenza di sinistri stradali con esiti lesivi,<sup>68</sup> pure rappresentati con drammaticità in letteratura,<sup>69</sup> le corti americane, qualche volta, si abbandonarono a torsioni ermeneutiche, impiegando, nel caso in cui dalla condotta tenuta dal reo fossero scaturite conseguenze lesive, le

66. Per soluzioni difformi, vd. A. DE LIA, *Medicina e diritto penale negli U.S.A.*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2024, 2, p. 153 ss. (spec. 179 ss.).

67. Vd. J. SCOTT-MONTAGU, *Automobile legislation*, in *North American Review*, 1904, 1, p. 168 ss. Contra, X.P. HUDDY, *The motor car's status*, in *The Yale Law Journal*, 1905, 2, p. 83 ss.; H.B. BROWN, *The status of the automobile*, in *Yale Law Journal*, 1908, 4, p. 223 ss.

68. F.S. CRUM, *Street traffic accidents*, in *Publications of the American Statistical Association*, 1913, 13, p. 473 ss.

69. Ad esempio, nel romanzo *Il grande Gatsby*, di F. Scott Fitzgerald, del 1925, nella cui trama s'innesta un incidente automobilistico ed una correlata omissione di soccorso.

fattispecie incriminatrici dolose (*assault, battery, bodily injuries offenses, murder*) pur in difetto dei necessari requisiti subiettivi.<sup>70</sup>

Nel 1962, poi, venne varato il *Model Penal Code* che, al § 211.2, prevede che la fattispecie generale di “*recklessly endangering another person*”, per cui “*a person commits a misdemeanor if he recklessly engages in conduct which places or may place another person in danger of death or serious bodily injury*”.

Tale proposta è stata accolta da numerosi Stati federati, che hanno introdotto, per l'appunto, nei propri statuti fattispecie di *criminal endangerment*, che rappresenta un elemento pure richiamato in alcune, particolari previsioni incriminatrici a livello federale, vigenti in taluni specifici settori. Accanto a tali iniziative legislative, si attuò, per di più, un processo di ulteriore *law enforcement*, con l'innalzamento del carico sanzionatorio correlato alle citate *reckless driving offenses*.

Volgendo, ora, lo sguardo ai sistemi attualmente vigenti, si può rilevare che le fattispecie riconducibili al modello da ultimo richiamato, oggigiorno, s'innestano sulla circostanza che il conducente di un veicolo realizzi un comportamento di guida che evidenzii *willful* o *wanton disregard* (ossia consapevole o spregiudicato disinteresse) per l'incolumità pubblica e/o per i diritti di proprietà altrui. Si tratta, dunque, di illeciti di pericolo, che fanno riferimento ad una colpa con previsione dell'evento lesivo.

Così, ad esempio:

- il § 32-5A-190 del Code of Alabama, sanziona “*any person who drives any vehicle in willful or wanton disregard for the rights or safety of persons or property, or without due caution and circumspection and at a speed or in a manner so as to endanger or be likely to endanger any person or property*”, con una disposizione assai simile a quella compendiata, ad esempio, nel § 28-35-40 degli *Alaska Statutes*, del § 49-1401 dell'*Idaho Statute*, e nel § 2413 del *Maine Statute*;
- il § 23103.5 del *California Vehicle Code* punisce “*any person who drives any vehicle upon a highway in willful or wanton disregard for the safety of persons or property is guilty of reckless driving*”, secondo una formula pressoché identica a quella impiegata, ad esempio, nel § 316.192 del *Florida Statute*, nonché nel § 8-1566 del *Kansas Statute*.

Dette figure, a ben considerare, nel richiamare interessi giuridici assai differenti (incolumità pubblica e patrimonio, per l'appunto), attraverso una tecnica normativa tutt'altro che immune da rilievi, possono ritenersi informate (anche per via della loro collocazione all'interno degli statuti), come si è anticipato, alla necessità di tutela, più in generale, della sicurezza della circolazione.

Tali illeciti, generalmente, risultano qualificati dai legislatori statunitensi come *misdemeanors*, puniti con sanzioni pecuniarie e/o detentive tutto sommato brevi. Non di meno, taluni statuti prevedono trattamenti sanzionatori più severi per i *continuing offenders*, ossia per i recidivi, come ad esempio il già citato *Code of Alabama*, ma anche l'*Arkansas Code* (§ 27-4-50-3), il *Mississippi Statute* (§ 63-3-1201), il *New Jersey Statute* (§ 39:4-96), l'*Ohio Statute* (§ 4511.20), l'*Oklahoma Statute* (§ 47-11-901). Nel caso del § 31-27-4 del *Rhode Island Statute*, la recidiva, per di più, implica un “mutamento genetico” dell'illecito, da *misdemeanors* a *felony*.

70. L.A. TULLIN, *The role of penalties in criminal law*, in *Yale Law Journal*, 1928, 8, p. 1048 ss.

Tale fenomeno si verifica, altresì, nell'ipotesi in cui dal *reckless driving* derivi una situazione di rischio che sfoci in un effettivo danno alle persone (morte o lesioni), come nel caso della disposizione sopra citata del *Florida Statute*, del § 5/11-503 dell'*Illinois Statute*, del § 257.626 del *Michigan Statute*, del § 484B.653 del *Nevada Statute*, e del § 46.2-862 del *Virginia Code*.

Alcune norme regolanti la *reckless driving offense*, inoltre, prevedono la pena accessoria della sospensione del titolo di guida, come nel caso del § 9-21-8-52 dell'*Indiana Statute*, il § 32:58 del *Louisiana Statute*, il § 265:79 del *New Hampshire Statute*, il § 66-8-113 del *New Mexico Statute*, il § 56-5-2920 del *South Carolina Statute*, il § 46.61.500 del *Washington Revised Code*.

Volgendo, ora, lo sguardo alla giurisprudenza delle corti supreme degli Stati federati, si può richiamare, innanzitutto, *ex parte Chernosky*, 153 Tex. Crim. 52, 217 S.W.2d 673 (Texas Crim. App. 1949), con cui la *Court of Appeals* del Texas dichiarò l'illegittimità costituzionale, per violazione della *due process clause*, della norma incriminatrice di *reckless driving* in quanto essa richiamava, come elemento costitutivo, la guida "senza la dovuta cautela o circospezione", ritenuta dalla Corte eccessivamente vaga e, quindi, in contrasto con lo statuto delle garanzie costituzionali nel settore del *criminal law*.

Si tratta, però, di una decisione alquanto isolata, atteso che, in numerosi altri casi le corti statunitensi, chiamate a scrutinare la legittimità di tali fattispecie incriminatrici nella prospettiva della c.d. "void for vagueness doctrine", hanno rigettato le questioni sollevate per infondatezza, ritenendo che il richiamo da parte dei legislatori al concetto di *negligence*, *gross negligence* o *recklessness* sarebbe sufficiente ad informare i consociati circa la consistenza del precetto penale, come nel caso di *Wilson v State*, 245 Ga. 49, 263 S.E.2d 440 (Georgia 1980) e di *State v Parenteau*, 153 Vt. 123, 569 A.2d 477 (Vermont 1989), nonché di *Hoover v State*, 958 A.2d 816 (Delaware 2008).

Quanto agli elementi costitutivi di tali fattispecie, si può citare l'ormai risalente *People v Grogan*, 260 N.Y. 138, 183 N.E. 273 (New York 1932), con la quale la *Court of appeal* dello Stato di New York scrutinò l'impugnazione spiegata da un *defendant* che era stato condannato per una fattispecie di *reckless driving*, a seguito di uno scontro veicolare intervenuto presso un'intersezione viaria, essendo stato accusato per aver superato i limiti di velocità.

La Corte, allora, nell'accogliere l'appello, rimarcò che la *reckless driving* imporrebbe "qualcosa di più della semplice negligenza. Guidare a una velocità superiore a quella indicata nella legge non può di per sé costituire il reato di guida spericolata. Il reato di guida spericolata soddisfa sufficientemente i requisiti di determinatezza e certezza. La parola ha un significato chiaro e comunemente compreso: debbono ricorrere circostanze che insieme mostrano indifferenza rispetto alle conseguenze. La guida diventa pericolosa, o inutilmente pericolosa, agli occhi della legge, solo quando non si esercita attenzione o cautela nelle circostanze. In molti statuti di altri Stati che contemplano la guida pericolosa il pericolo è quello derivante da una velocità illegale, irragionevole o impropria. Le norme statutarie che proibiscono la guida spericolata al di fuori di siffatte ipotesi hanno ottenuto in più occasioni il riconoscimento di legittimità costituzionale. Il risultato di siffatte decisioni porta alla conclusione che lo standard in tutti questi casi è e deve essere quello del difetto di attenzione che avrebbe avuto l'uomo ragionevolmente prudente. Pertanto, dobbiamo leggere le parole "mette

*in pericolo irragionevolmente” come espressive del caso in cui l’utente della strada crei un pericolo per via della mancata osservanza di ragionevoli obblighi di attenzione, di ragionevole cautela o di ragionevole lungimiranza esigibili nei riguardi di una persona ragionevolmente prudente e attenta”.* Quello appena descritto, allora, costituisce un precedente assai significativo, in quanto esso fa emergere: i) il riconoscimento da parte della Corte dell’essenzialità del requisito della previsione, in capo al reo, della possibilità di inveramento dell’evento lesivo; ii) un approccio all’illecito colposo ancora assai acerbo, atteso che la colpa con previsione mal si sposa con il richiamo al parametro della *reasonable person* che, semmai, è impiegabile per inferire l’effettiva previsione del rischio da parte del reo; iii) la qualificazione della fattispecie di *reckless driving* in termini di reato di pericolo concreto e non di pericolo astratto<sup>71</sup> (c.d. “*per se offense*”).

Quanto ai caratteri del pericolo, si può notare che le corti superiori si sono soffermate, di massima, soltanto con veloci passaggi su questo tema; ad ogni modo la necessità, ai fini dell’integrazione della *reckless driving*, di un *actual o concrete risk* è stata richiamata in numerose pronunce, come ad esempio, tra le più recenti, *State v Rich*, 184 Wash. 2d 897, 365 P.3d 746, 184 Wn. 2d 897 (Washington 2016).

Sulla base del presupposto sopra richiamato, dunque, con *State v Houde*, 150 Me. 469, 114 A.2d 366 (Meine 1955), la Corte suprema del Maine ha stabilito che il *reckless driving* potrebbe integrarsi attraverso la violazione di regole cautelari generiche e, in particolare, per via del mancato adeguamento della condotta di guida a condizioni contingenti (“*il nocciolo del reato di guida spericolata risiede nel modo e nelle circostanze in cui si verifica la guida stessa. Ad esempio, un modo di guida legale alla luce del giorno, o su un’autostrada asciutta, o in campagna, può essere spericolato di notte, o in condizioni di ghiaccio o tempesta, o su una strada cittadina affollata*”).

Analogamente si è espressa, successivamente, *Swales v District of Columbia*, 219 A.2d 100 (District of Columbia 1966), con cui la Corte d’appello del District of Columbia ha affermato che “*la fattispecie di reckless driving potrebbe integrarsi anche nell’ipotesi in cui l’utente della strada si attenesse formalmente a delle norme che impongono taluni specifici comportamenti, come ad esempio il rispetto di limiti di velocità*”.

Talché, in sostanza, secondo tale linea esegetica, l’interprete non potrebbe assegnare, né nella prospettiva oggettiva (realizzazione di un rischio di tale entità da rendere il comportamento dell’automobilista “spericolato”) né in quella soggettiva (in termini di deduzione dell’*awareness*, su cui *infra*), valore assorbente alla violazione di norme comportamentali specificamente prescritte dal legislatore.

Quanto al “nucleo normativo” della *reckless driving offense*, in termini di violazione della regola cautelare, occorre, tuttavia, aggiungere che con la sentenza *People v Griffin*, 36 Ill. 2d 430, 223 N.E.2d 158 (Illinois 1967) la Corte suprema dell’Illinois ha affermato che la fattispecie di *reckless driving*, nel riportare la formula generale “*willful or wanton disregard for the safety of persons or*

71. Su questi temi, nel panorama dottrina italiano, vd., per tutti, M. PARODI GIUSINO, *I reati di pericolo tra dottrina e politica criminale*, Milano, 1990.

*property*”, imporrebbe all’accusa di allegare e dimostrare la violazione, da parte dell’utente della strada, di una *specifica* regola di condotta, quale il superamento dei limiti di velocità imposti dalla legge, pena la violazione della *due process clause*, sancita a livello costituzionale dal Quattordicesimo Emendamento.

Si tratta, in ogni caso, di una sentenza espressiva di un orientamento assolutamente isolato nel panorama giurisprudenziale complessivo; per altro verso, le corti si esprimono nel senso che la grave violazione di norme cautelari, in termini di *gap* tra condotta di guida tenuta e quella prescritta dalle norme sulla circolazione, costituirebbe un accreditato indice dell’elemento soggettivo richiesto dalla fattispecie di *reckless driving*, come nei casi decisi dalla Corte suprema del *Tennessee State v Wilkins*, 654 S.W.2d 678 (Tennessee 1983), dalla *Corte suprema del State v Stanko*, 292 Mont. 214, 1998 MT 323, 974 P.2d 1139 (Montana 1998), ove è stata ritenuta assorbente la circostanza per la quale l’imputato avesse superato abbondantemente i limiti di velocità.

In ordine al requisito della previsione del rischio di danno, che del resto, come si è già rimarcato, è alla base del concetto moderno di *recklessness*,<sup>72</sup> esso è stato a più riprese posto in luce dalle corti supreme degli Stati federati.

Tale requisito, ovverosia la *awareness*, si lega, in particolare, all’accettazione del rischio, come rilevato, ad esempio, da *State v Roggenkamp*, 153 Wn. 2d 614, 153 Wash. 2d 614, 106 P.3d 196 (Washington 2005) e, in precedenza, da *Burgess v State*, 212 Tenn. 315, 369 S.W.2d 731 (Tennessee 1963), nonché da *State v Green*, 182 Neb. 615, 156 N.W.2d 724 (Nebraska 1968), per la quale “la *reckless driving offense* è contraddistinta dalla scelta deliberata del reo di correre il rischio di provocare un danno, non dalla mancata percezione del rischio stesso”.

Con *Powers v Commonwealth*, 211 Va. 386, 177 S.E.2d 628 (Virginia 1970), la Corte suprema dello Stato della Virginia, invece, ha precisato che “*il termine recklessly usato nello statuto implica necessariamente il disprezzo da parte del conducente di un veicolo a motore per le conseguenze del suo atto e un’indifferenza per la sicurezza della vita, dell’integrità fisica o della proprietà altrui. La velocità di per sé non è una violazione dello statuto. Il semplice verificarsi di un incidente non dà origine a un’inferenza di guida spericolata*”.

Quanto, poi, alla necessità di proiettare la violazione delle norme comportamentali nello specifico contesto di fatto, al fine di inferirne, per l’appunto, la *awareness of the risk*, essa costituisce un passaggio la cui importanza è stata posta in risalto da numerosi altri pronunciamenti, tra cui si segnala *Barnes v State*, 249 Miss. 482, 162 So. 2d 865 (Missouri 1964), per la quale “*ciò che è necessario è che il conducente si renda conto della forte probabilità di danno che potrebbe derivarne*”, nonché *State v Lunt*, 106 R.I. 379, 260 A.2d 149 (Rhode Island 1969), *State v Cadus*, 70 Haw. 314, 769 P.2d 1105 (Hawaii 1989).

72. Vd., nella letteratura italiana più recente, G. STEA, *I principi di diritto penale nella giurisdizione europea*, Pisa, 2014, p. 219 ss.; A. DE LIA, *I confini tra recklessness e (criminal) negligence nel sistema penale statunitense*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 22 luglio 2024. In precedenza, F. CURI, *Tertium datur, Dal common law al civil law per una scomposizione tripartita dell’elemento soggettivo del reato*, Milano, 2003, p. 47 ss.

Spostando l'attenzione alla giurisprudenza della Corte suprema degli Stati Uniti, si può rilevare che essa si è soffermata su tali fattispecie a più riprese. La pronuncia più interessante, tuttavia, è rappresentata da *Grady v Corbin*, 495 U.S. 508 (1990), con la quale la *High Court* rilevò come una precedente condanna per guida spericolata avrebbe sbarrato, alla luce della *double jeopardy clause*, la possibilità di instaurare nei confronti del medesimo imputato un ulteriore *trial* per reati colposi contro la persona, originati dalla stessa condotta contestata nel precedente giudizio.<sup>73</sup>

Tale approccio al *ne bis in idem*, fondato su di un inedito *same conduct test*, venne sconfessato dalla medesima Corte con la successiva sentenza *United States v Dixon*, 113 S. Ct. 2849 (1993) con cui, in estrema sintesi, si rilevò, in termini generali, come le preclusioni sancite dal Quinto Emendamento, legandosi al concetto di *same offense*, non avrebbero potuto ritenersi estensibili ad ipotesi qualificabili (secondo la nomenclatura nostrana) come di concorso formale eterogeneo, laddove, cioè, le fattispecie incriminatrici confluenti avessero mostrato particolari disallineamenti dal punto di vista strutturale, tali da dover indurre l'interprete ad escludere la possibilità di valutare i reati come "identici".<sup>74</sup> Ciò rimarcando, dunque, la necessità di ricorrere al *same element test*, già previsto nel catalogo elaborato da *Blockburger v United States*, 248 U.S. 299 (1932).<sup>75</sup>

Sui rapporti tra *reckless driving* e omicidio colposo si sono soffermate, successivamente, altre Corti superiori, che talora sono approdate a soluzioni difformi rispetto a quella sposata in *United States v Dixon*.

In proposito si può richiamare *People v Sienkiewicz*, 208 Ill. 2d 1, 802 N.E.2d 767 (Illinois 2003), pronunciata dalla Corte suprema dell'Illinois e che ha costituito l'epilogo di un processo in cui un imputato, dopo essere stato condannato per guida spericolata, era stato sottoposto a un nuovo *trial* per omicidio, scaturito dalla medesima condotta di guida e dalla deduzione, ad opera dell'accusa, dell'eccesso di velocità.

Nell'occasione, allora, la Corte ha rimarcato come, sulla base del *same element*, del *same transaction* e del *same evidence test*, elaborati dalla già richiamata *Blockburger v United States*, si sarebbe

73. Al medesimo risultato erano giunte, in precedenza, *Chikitus v Shands*, 373 So. 2d 904 (Florida 1979) nonché *State v Barritt*, 531 So. 2d 338 (Florida 1988), per le quali la guida spericolata avrebbe dovuto essere qualificata come *lesser included offense* rispetto all'omicidio.

74. A soluzione analoga erano approdate molte pronunce di altre Corti supreme, tra cui *People v Herbert*, 6 Cal.2d 541, 58 P.2d 909 (California 1936), con cui la cumulabilità delle responsabilità era stata affermata sul presupposto della differente assiologia delle figure *de quibus*; *State v Shoopman*, 11 N.J. 333, 94 A.2d 493 (New Jersey 1953), per la quale, invece, l'ipotesi del concorso apparente avrebbe dovuto essere scartata in ragione del fatto che il sistema avrebbe fatto emergere la volontà implicita del legislatore statutario di autorizzare i cumuli; *State v Curran*, 116 Wn. 2d 174, 116 Wash. 2d 174, 804 P.2d 558 (Washington 1991), per la quale il concetto di *lesser included offense* avrebbe potuto essere richiamato, nella prospettiva dell'assorbimento, soltanto con riferimento a reati "di passaggio", ovvero sia a illeciti la cui commissione fosse stata indispensabile ai fini della consumazione di un'altra, più grave, *offense*.

75. Su questa pronuncia, nella letteratura italiana, vd., di recente, M. SCOLETTA, *Idem crimen. Dal "fatto" al "tipo" nel concorso apparente di norme penali*, Torino, 2023, p. 323 ss.

al cospetto della *same offense* e che la *reckless driving* costituirebbe una *lesser included offense*, con la conseguenza che la nuova iniziativa accusatoria sarebbe stata sbarrata dalla *double jeopardy clause* e dal Quinto Emendamento.

In ordine, ancora, al rapporto con altri reati – che, per la verità, rappresenta una questione assai ricorrente nella casistica giurisprudenziale – si deve sottolineare che con la sentenza *State v Sinneros*, 42 N.M. 500, 82 P.2d 274 (New Mexico 1938) la Corte suprema del New Mexico, facendo ricorso al *same evidence test* elaborato dalla Corte suprema federale nel *Blockburger's case*, ha affermato come la *reckless driving offense* potrebbe concorrere con quella di *drunk driving*, ossia con la guida in stato di ebbrezza da assunzione di sostanze alcoliche, trattandosi di figure imperniate su elementi costitutivi tali da richiedere nel processo l'assunzione di prove diverse.

Si tratta di una soluzione sposata da altre corti supreme; così, ad esempio, in *Daniels v People*, 159 Colo. 190, 411 P.2d 316 (Colorado 1966); *State v Steele*, 387 So. 2d 1175 (Louisiana 1980) *State v Masick*, 511 N.W.2d 384 (Iowa 1994); *State v Huser*, 265 Kan. 228, 959 P.2d 908 (Kansas 1998).

Inoltre, si deve osservare che taluni legislatori (vd. l'*Alabama Code*, al § 32-5A-190) hanno espressamente escluso che la *reckless driving* possa essere considerata *lesser included offense* rispetto alla guida in stato di alterazione dall'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti.

Sui rapporti tra il reato di *speeding* (eccesso di velocità), contemplato in alcune giurisdizioni, e *reckless driving*, invece, si è soffermata la Corte d'appello del Texas con la sentenza *Bartholomew v State*, 871 S.W.2d 210 (Texas Crim. App. 1994), con la quale si è affermato, facendosi ricorso al *same evidence criterion*, inteso in prospettiva “concreta” (ovverosia delle prove necessarie a dimostrare la fondatezza dell'accusa nello specifico processo, in ragione delle peculiari dinamiche in cui si siano sviluppati i fatti), che avrebbe dovuto ritenersi che la *reckless driving offense* assorbisse la fattispecie dianzi citata, atteso che il *prosecutor*, nel caso di specie, aveva inteso dimostrare la responsabilità del *defendant* introducendo nel giudizio le stesse fonti di prova impiegate in relazione all'accusa di *speeding*.

Con riferimento, poi, ai rapporti tra fattispecie di *careless driving* (guida negligente) e *reckless driving*, con *State v Tammi*, 520 N.W.2d 619 (South Dakota 1994), la Corte suprema del South Dakota ha stabilito che siffatti reati non potrebbero concorrere in quanto il primo dovrebbe essere considerato in termini di *lesser included offense*, essendo tali le figure che, in rapporto con altre, disciplinano condotte assistite da una forma di colpevolezza di grado o intensità minore. Ciò attraverso una soluzione in linea con altre pronunce, emesse da diverse corti statunitensi, tra cui *People v Chapman*, 192 Colo. 322, 557 P.2d 1211 (Colorado 1977).

In merito ai rapporti tra *reckless driving* e *criminal endangerment*, invece, in *State v Beavers*, 296 Mont. 340, 1999 MT 211, 987 P.2d 371 (Montana 1999), la Corte suprema del Montana ha affermato che le fattispecie potrebbero concorrere in quanto “la guida spericolata, al contrario del *criminal endangerment*, richiede la guida di un veicolo; mentre la guida spericolata presuppone la mancanza di riguardo per la sicurezza altrui, indipendentemente dal grado di rischio, la *criminal endangerment offense* presuppone un rischio sostanziale di morte o di gravi lesioni personali”. Ciò, dunque, mediante il ricorso al *same element test* e in ragione di una (asserita) specialità bilaterale emergente dal confronto strutturale astratto.

Tuttavia, occorre tener presente che, indipendentemente dall'approccio giurisprudenziale ai criteri *Blockburger*, che hanno fatto registrare soluzioni alquanto altalenanti (atteso che, tra l'altro, non soltanto nel contesto degli illeciti da circolazione stradale, talune giurisdizioni hanno rifiutato *tout court* di ricorrere ai *Blockburger criteria*, mentre altre, ai fini della definizione della *same offense*, hanno ritenuto di doverne impiegare soltanto alcuni), gran parte degli statuti degli Stati federali contemplanò delle c.d. "*mandatory joinder provisions*", ovverosia disposizioni che, al ricorrere di determinati requisiti (identità della condotta; identità del programma criminoso; riconducibilità dei reati ad un medesimo programma criminale; "sussidiarietà" delle fattispecie criminose rispetto alla tutela di un identico bene giuridico o di interessi non dissimili, e così via, secondo scelte per il vero assai variegata), impongono che i *prosecutors* formulino accuse cumulative nel medesimo processo, pena l'inammissibilità di ulteriori *indictments*.

Così, nel caso *Padgett v Commonwealth*, 220 Va. 758, 263 S.E.2d 388 (Virginia 1980), ad esempio, la Corte suprema della Virginia, facendo leva su una disposizione specifica che impone il *simultaneous process* attraverso l'impiego della locuzione "*same act*", ha ritenuto che la preventiva condanna per *reckless driving* costituisse uno sbarramento invalicabile ad una seconda accusa avente ad oggetto ulteriori figure incriminatrici di pericolo.

Il che determina, dunque, un evidente scollamento tra *ne bis in idem* processuale e sostanziale, nel senso che, mentre in taluni casi non sarebbe affatto inammissibile un multiple *punishment* nel contesto del medesimo *trial*, non sussistendo concorso apparente, uno sbarramento, sul piano del *trial*, potrebbe derivare dalle suddette *joinder provisions*, secondo una logica che, in qualche misura, evoca il pronunciamento Corte Costituzionale, 31 maggio 2016, n. 200, che ha dichiarato la parziale illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p.

Sicché, in estrema sostanza, la possibilità di cumulo delle responsabilità per le *vehicular offense* potrebbe essere determinata dall'applicazione di siffatti *bars*, che tendono non tanto ad apprestare un argine alla risposta punitiva, nella prospettiva della proporzionalità, quanto, piuttosto, a garantire il *simultaneous process*.

In ordine alla dottrina, si può notare, in aggiunta a quanto poc'anzi rilevato, che assai precocemente taluni studiosi della materia ebbero modo di censurare il modello delle *reckless driving offenses* anche sotto il profilo della violazione del principio di legalità/determinatezza.<sup>76</sup>

Tale atteggiamento, secondo alcuni autori, in passato sarebbe stato determinato, di fondo, da una *lack of social stigmatization*, ovverosia dalla circostanza che gli illeciti stradali non sarebbero stati considerati, nella coscienza sociale, come veri e propri *crimes*, bensì come "*folk crimes*", ovverosia illeciti introdotti a sistema per contrastare i rischi della modernità tecnologica, ma in contrasto con la comune percezione del concetto di *criminal offense*.<sup>77</sup>

Nel corso del dibattito tra utilitarismo e retributivismo, che negli anni '70 cominciò a far registrare la preponderanza di tale ultima corrente teorica, tuttavia, emersero decise tesi dottrinali per cui

76. Vd. E. FREUND, *The use of indefinite terms in statutes*, in *The Yale Law Journal*, 1921, 5, p. 437 ss.

77. H.L. ROSS, *Traffic law violation: a folk crime*, in *Social Problems*, 1960-1961, 3, p. 231 ss.

il *reckless driving* rivestisse i caratteri del *wrongdoing* e della *blameworthiness*, tale da ben giustificare l'intervento penale e l'irrogazione delle sanzioni caratteristiche.<sup>78</sup>

Ciò in un contesto in cui taluni commentatori lamentarono, comunque, il limitato impatto del *law enforcement* in ordine alla frequenza dei *vehicular accidents*,<sup>79</sup> tanto che, in tempi più recenti, molti hanno pure suggerito il lancio di campagne pubblicitarie massive, volte a sensibilizzare l'attenzione degli utenti della strada sui rischi legati alla violazione di norme cautelari, quali l'utilizzo durante la guida di telefoni cellulari.<sup>80</sup>

#### 4.1. Le "DUI" (driving under influence) offenses

A differenza del sistema italiano, alcune violazioni di norme sulla circolazione stradale, come il superamento dei limiti di velocità, l'uso del cellulare alla guida, l'infrazione dell'obbligo di indossare le cinture di sicurezza o di fermarsi allo *stop*, la guida di un veicolo senza copertura assicurativa o in caso di revisione scaduta, in talune giurisdizioni statunitensi sono addirittura qualificate come illeciti penali, che si integrano indipendentemente dall'inverarsi di conseguenze lesive nonché, più a monte, di una situazione di pericolo.

Si tratta di norme che, generalmente, determinano l'irrogazione di sanzioni di tipo pecuniario e/o interdittivo che, tuttavia, nel caso di inadempimento degli obblighi che ne discendono, si convertono in pene detentive, secondo una logica che è stata censurata da molti per via della spirale liberticida che essa è idonea a generare, specie per i trasgressori meno abbienti.<sup>81</sup> Tali previsioni,

78. Vd. J.L. COLEMAN, *Justice and the argument for non fault*, in *Social Theory and Practice*, 1974, 2, p. 161 ss. Sulla ben nota teoria del *distributive deserts*, ovverosia del diritto penale quale strumento per ribilanciare l'appropriazione da parte del reo di libertà ad esso non spettanti, con riferimento alla *reckless driving offense*, vd. M. DAVIS, *Harm and retribution*, in *Philosophy & Public Affairs*, 1986, 3, p. 236 ss.

79. S. PELTZMAN, *The effects of automobile safety regulation*, in *Journal of Political Economy*, 1975, 4, p. 677 ss.

80. W.R. HAHN, P.M. DUDLEY, *The disconnect between law and policy analysis: a case study of drivers and cell phones*, in *Administrative Law Review*, 2003, 1, p. 127 ss. Il limitato impatto preventivo della logica del *tough on crime* in questo settore è emerso, per la verità, a seguito di studi empirici condotti a livello internazionale soprattutto con riferimento agli *young drivers*. Vd., ad esempio, H. MÖLLER E ALT., *Driving offences and risk of subsequent crash in novice drivers*, in *Injury Prevention*, 2022, 5, p. 396 ss. Sul punto vd., però, *infra*.

81. Sulla criminalizzazione di illeciti stradali bagatellari, si può osservare che molti Stati federati prevedono per talune micro-infrazioni pene, generalmente, di natura pecuniaria (salvi i casi di recidiva o il ricorrere di particolari circostanze, in cui è prevista la pena detentiva). Le classi meno abbienti della popolazione sono particolarmente vulnerabili a tali sistemi per via, innanzitutto, dell'impossibilità di pagamento, che conduce ad effetti quali la sospensione del titolo di guida o la conversione della pena pecuniaria inevasa in detentiva. Molti sistemi giuridici prevedono che il mancato pagamento delle multe comporti ulteriori costi e interessi, intrappolando gli individui in un ciclo di debiti. Il mancato rispetto di un ordine di pagamento adottato dalle corti, in taluni casi, sostanzia illecito penale autonomo, sanzionato con pena detentiva. Non di rado, per di più, si genera un particolare circolo vizioso: infrazioni minori → multe non pagate → sospensione della patente → ulteriori infrazioni per guida senza patente → carcere. In argomento, vd. M. BAYNARD, *Overcriminalization of low-level offenses: perpetuating poverty and racial disparities in the misdemeanor criminal justice system*, Durham, 2021, *passim*; A. DE LIA, *I complessi rapporti tra diritto penale e povertà*, in [www.camminodiritto.it](http://www.camminodiritto.it), 9 luglio 2022.

più in generale, si collocano nel solco di derive panpenalistiche, del *law and order*, che ha condotto negli ultimi decenni al fenomeno della *overcriminalization*, ossia all'estrema ipertrofia del *criminal law* statunitense, stigmatizzata da numerosi studiosi della materia.<sup>82</sup>

Accanto a tali *vehicular offenses* si collocano, però, le ben più gravi figure, poste a tutela della sicurezza della circolazione,<sup>83</sup> che incriminano la guida in stato di alterazione derivante dall'assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti (“DUI”, *driving under influence*, o “DWI”, *driving while intoxicated* o, ancora, “OUI”, *operating under influence laws*).<sup>84</sup>

Quanto alla prima ipotesi, la responsabilità penale, in numerose giurisdizioni, ove vigono delle c.d. “DUI per se laws”, può scattare al momento stesso in cui venga registrato, attraverso i test, il superamento del tasso alcolemico nel sangue (*Blood Alcohol Concentration*, in sigla “BAC”), che è fissato in 0,8 g/l per gli adulti (solo nello Utah il limite è pari a 0,5 g/l); a 0,4 g/l per i conducenti di veicoli commerciali; da 0 fino ad un massimo di 0,2 g/l (a seconda dello Stato) per i conducenti minori degli anni ventuno,<sup>85</sup> atteso che in America vige per tali soggetti il divieto assoluto di consumo di bevande alcoliche (le c.d. “Zero Tolerance Laws”).<sup>86</sup>

Analogamente al sistema italiano, trattasi, in America, di reati di pericolo presunto<sup>87</sup> o, meglio, di *presumptions* considerate “assolute”, in base alle quali l'accusa non è tenuta a provare null'altro

82. Vd., ad esempio, E. LUNA, *The overcriminalization phenomenon*, in *American University Law Review*, 2005, 3, p. 703 ss.; D. HUSAK, *Six questions about overcriminalization*, in *Annual Review of Criminology*, 2023, 6, p. 265 ss. Nella dottrina nostrana, sulla tendenza del diritto penale statunitense alla criminalizzazione di condotte “lontane dall'offesa”, vd. A. CAVALIERE, *Introduzione ad uno studio sul paternalismo in diritto penale*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 9 gennaio 2018, p. 8.

83. Negli Stati Uniti, le leggi che regolano i reati di guida in stato di ebbrezza o sotto l'influenza di sostanze stupefacenti, talora, prevedono espressamente che tali figure si applichino tanto in ordine alla circolazione su strade pubbliche quanto su aree carrabili aperte al pubblico. Alcune previsioni incriminatrici, adottate dagli Stati federati, contengono addirittura delle vere e proprie elencazioni, che escludono alcune aree private, come ad esempio le proprietà agricole. Taluni Stati hanno introdotto, inoltre, delle fattispecie autonome di reato, con trattamento sanzionatorio più severo, nel caso in cui la guida sia intervenuta in aree “sensibili” (come, ad esempio, nelle vicinanze di istituti scolastici, o di cantieri stradali) o in particolari circostanze di tempo, come ad esempio in orario notturno. La responsabilità è stata estesa, da taluni legislatori statunitensi, alla guida di veicoli non a motore, come biciclette e monopattini, a mezzi elettrici come le *e-bikes*, nonché a veicoli a trazione animale.

84. Per una ricostruzione in prospettiva storica di tali interventi normativi, e per alcune interessanti rilevazioni statistiche che evidenziano l'effetto positivo del *law enforcement* sul numero dei sinistri registrati negli States, vd. M. SCHERER, F.C. FELL, *Effectiveness of lowering the blood alcohol concentration (BAC) limit for driving from 0,10 to 0,08 grams per deciliter in the United States*, in *Traffic Injuries Prevention*, 2019, 1, p. 1 ss.

85. Vd. A. VANDERVORT, J.D. CLARK, *Comparing State DUI laws and limits*, in [www.findlaw.com](http://www.findlaw.com), 14 maggio 2024.

86. Su cui vd. T. ABBOUD E ALT., *The long-run impacts of adolescent drinking: evidence from Zero Tolerance laws*, in *Journal of Public Economics*, 2024, 3, p. 1 ss.

87. Vd. Corte di Cassazione, Sez. IV, 9 novembre 2018, n. 54018: “in tema di circolazione stradale, l'articolo 186, comma 2, CdS, configura ipotesi contravvenzionali di pericolo presunto, rispetto all'attitudine che la condizione alterata del conducente ha ad aggredire il bene giuridico che si trova sullo sfondo”.

che la validità del *test* e del risultato che esso ha restituito<sup>88</sup>, essendo preclusa alla difesa la possibilità di dimostrare che l'assunzione di bevande alcoliche non abbia influito sulla capacità di guida né che da essa sia derivato un concreto pericolo per la circolazione.<sup>89</sup>

Così come in Italia, inoltre, il rifiuto di sottoporsi a *test* (anche a quello relativo all'assunzione di sostanze stupefacenti, su cui *infra*),<sup>90</sup> in violazione delle leggi sul "consenso implicito" (in base alle quali al momento della richiesta del rilascio del titolo di guida il soggetto fornirebbe, di fatto, il proprio consenso a sottoporsi a controlli da parte delle autorità), sostanzia illecito (in alcuni Stati di natura penale) e, in ogni caso, la prova circa lo stato di alterazione può essere fornita dall'accusa, in tali ipotesi, attraverso testimonianza e, più in generale, prove indiziarie.<sup>91</sup>

Sul lato subiettivo, le *DUI per se* sono rette dalla logica della responsabilità oggettiva e, più precisamente, della *strict liability* (che, perlomeno secondo alcuni orientamenti, formatasi soprattutto nella *tort law*, si differenzerebbe dalla *negligence per se doctrine* in ragione del fatto che quest'ultima si fonderebbe su di una logica attributiva del danno, che non sarebbe imprescindibile nell'altra);<sup>92</sup> talché la responsabilità sussiste all'accertamento del superamento delle "soglie" tramite *test* o, in difetto, dell'alterazione dipendente dall'assunzione di sostanze alcoliche verificata dagli organi competenti sulla base di indici sintomatici.<sup>93</sup>

88. Vd. Corte di Cassazione, Sez. IV, 3 aprile 2024, n. 21040: "nel caso del giudizio penale per guida in stato d'ebbrezza ex art. 186 CdS, nell'ambito del quale assuma rilievo la misurazione del livello di alcool nel sangue mediante etilometro, all'attribuzione dell'onere della prova in capo all'accusa circa l'omologazione e l'esecuzione delle verifiche periodiche sull'apparecchio utilizzata per l'alcoltest, fa riscontro un onere di allegazione da parte del soggetto accusato, avente ad oggetto la contestazione del buon funzionamento dell'apparecchio. In una tale ottica, l'esito positivo dell'alcoltest costituisce prova dello stato di ebbrezza (stante l'affidabilità di tale strumento in ragione dei controlli periodici rivolti a verificarne il perdurante funzionamento successivamente all'omologazione e alla taratura) con la conseguenza che è onere della difesa dell'imputato fornire la prova contraria a detto accertamento, dimostrando l'assenza o l'inattualità dei prescritti controlli, tramite l'escussione del dirigente del reparto addetto ai controlli o la produzione di copia del libretto metrologico dell'etilometro".

89. Su questo argomento, con un'interessante ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali formati in ordine alle questioni di legittimità costituzionale sollevate da siffatte norme, nonché sull'irragionevolezza degli automatismi caratteristici delle *DUI per se laws*, per via dell'impossibilità di operare equazione tra l'assunzione di siffatte sostanze e l'incapacità di controllo del veicolo, vd. A. GORE, *Know your limit: how Legislatures have gone overboard with per se drunk driving laws and how men pay the price*, in *William & Mary Law Review*, 2010, 2, p. 423 ss. In Italia, tuttavia, l'imputato è abilitato alla prova del fatto che la propria condotta non abbia materialmente generato pericolo, nell'ottica dell'applicazione dell'art. 131-bis c.p. Vd., di recente, Corte di Cassazione, Sez. IV, 17 maggio 2023, n. 31843.

90. Vd. art. 186, comma 7, e 187, comma 8, CdS.

91. M. BENDER, *Implied consent laws*, in [www.findlaw.com](http://www.findlaw.com), 29 ottobre 2023.

92. Vd. *Gore v Peoples Savings Bank*, 35 Conn. App. 126, 644 A.2d 945 (Connecticut App. Ct. 1994). Sul tema della *strict liability*, nella dottrina italiana, vd. E.R. BELFIORE, Note sulla *strict liability* nel diritto penale anglo-americano, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1988, 2, p. 621 ss.

93. Vd., tra le più recenti, *People v Trent*, 2024 Ill. App. 221241 (Illinois App. Ct. 2024); *Shannon v State*, No. 04-23-00021-CR (Texas App. Aug. 28, 2024); *Commonwealth v Stuart*, 1325 MDA 2023 (Pennsylvania Super. Ct. Sep. 5, 2024). Per il caso del malfunzionamento delle apparecchiature di rilevazione, vd. *Schlepphorst v State*, 201 So. 3d

Quanto al trattamento sanzionatorio, che differisce in maniera sensibile da Stato a Stato, esso si sostanzia in:

- sospensione del titolo di guida, anche nel caso dei *first offenders* (ad eccezione della Pennsylvania) e, al ricorrere di recidivanza, perlomeno in taluni Stati (Minnesota, New Hampshire, North Carolina, Oregon, Virginia), per un periodo fissato discrezionalmente dalle corti o, addirittura, *lifetime* (Connecticut, Vermont, West Virginia);
- *forfeiture* (ossia confisca) del veicolo;
- pene pecuniarie, generalmente congiunte a quelle detentive, talora assai severe, come nel caso dell’Oregon, ove per i *continuing offenders* la sanzione può raggiungere il ragguardevole ammontare di 125.000 dollari;
- pene detentive, di durata variabile, con un ingravescenza del trattamento sanzionatorio in relazione all’ipotesi di recidiva che, nel Missouri, raggiunge il tetto massimo di quindici anni di reclusione.

Sicché, rispetto al contesto nostrano,<sup>94</sup> quello statunitense si contraddistingue soprattutto per via di una maggiore severità della risposta punitiva, specie in caso di recidiva.<sup>95</sup>

A tale apparato si aggiungono ulteriori conseguenze giuridiche che destano interesse, perché frutto di scelte legislative assai peculiari: l’obbligo per il condannato di sottoporsi a trattamenti psico-terapeutici per combattere le dipendenze da alcool, nonché di partecipare a programmi di sensibilizzazione sui pericoli correlati alla guida in stato di alterazione e, infine, quello di installare sul proprio veicolo degli *ignition interlock devices* (o *breath alcohol ignition interlock devices*), ovvero dei dispositivi che misurano il tasso alcolemico rilevandolo dal respiro del conducente, impedendo, in caso di alterazione, l’avvio del motore.<sup>96</sup>

517 (Mississippi Ct. App. 2016): “la guida in stato di ebbrezza può essere provata nel caso in cui i risultati del test non sono disponibili ma vi sono prove sufficienti che l’imputato abbia guidato un veicolo in circostanze che indicano che la sua capacità di guidare il veicolo è stata compromessa dal consumo”. Si deve sottolineare, in proposito, che per taluni orientamenti della giurisprudenza nostrana, in caso di inutilizzabilità del test o dei suoi risultati, secondo il principio del *favor rei*, il fatto non potrebbe, invece, essere inquadrato nelle figure incriminatrici di cui all’art. 186 CdS, potendosi, invece, ritenere integrato l’illecito amministrativo di cui alla lettera a) del citato articolo. Vd. Corte di Cassazione, Sez. IV, 10 ottobre 2017, n. 51284. Si tratta, però, di una linea esegetica cui se ne contrappone un’altra, per cui, di contro, in queste circostanze la responsabilità penale potrebbe essere attribuita anche al ricorrere di indici sintomatici particolarmente significativi. Vd. Corte di Cassazione, Sez. IV, 5 marzo 2019, n. 25835.

94. Per una panoramica relativa al sistema italiano, vd. F. BASILE, G. LOSAPPIO, *I reati di guida alterata*, in *Giur. It.*, 2020, 6, p. 1515 ss.

95. Sulla recrudescenza delle linee della politica statunitense sulla recidivanza, in linea generale, vd., nella letteratura nostrana, F. BOTTALICO, *Three strikes and you’re out: la recidiva nel sistema statunitense*, in V. Garofoli (a cura di), *Problematiche tradizionali e incaute innovazioni legislative*, Milano, 2006, p. 17 ss.; A. DELLA BELLA, *Three strikes and you’re out: la guerra al recidivo in California*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2007, 3, p. 833 ss.; V.B. MUSCATIELLO, *La recidiva*, Torino, 2008, passim; F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell’ordinamento italiano*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2012, 4, p. 1334 ss. Più di recente, F. ROCCHI, *La recidiva tra colpevolezza e pericolosità*, Napoli, 2020, p. 259 ss.

96. Per un quadro completo, vd. A. VANDERVORT, J.D. CLARK, *State by State DUI penalties*, in [www.findlaw.com](http://www.findlaw.com),

In merito alla guida a seguito dell'assunzione di sostanze stupefacenti (talora indicata con l'acronimo “*DUID*”, *driving under influence of drugs*), che forma oggetto di previsioni incriminatrici autonome rispetto a quelle che attengono alla guida in stato di ebbrezza (con la conseguente prospettiva di un cumulo di addebiti),<sup>97</sup> si può osservare che i sistemi degli Stati federati variano considerevolmente.

Vi sono degli Stati in cui vige la “*Zero Tolerance Policy*” (che, talora, s'intreccia con norme che sanzionano, più a monte, anche l'uso personale di determinate sostanze), ovvero sia il divieto assoluto di guida a seguito dell'assunzione di talune di dette sostanze, mentre in altre giurisdizioni le responsabilità amministrative e/o penali scattano al superamento di alcune “soglie” (in particolare, quelle di THC, tetraidrocannabinolo, il componente psicoattivo di marijuana e hashish).<sup>98</sup> Si deve soggiungere che, alla luce dei ben noti problemi attinenti all'efficacia probatoria dei *test*<sup>99</sup> (atteso che le sostanze stupefacenti lasciano tracce nell'organismo anche a distanza di tempo ragguardevole dal momento della loro assunzione), gli Stati federati hanno compiuto due diverse scelte:

- in alcune giurisdizioni, il rilevamento dell'assunzione pregressa di sostanze, costituisce un elemento valutabile circa la guida in stato di alterazione unitamente ad altri (i c.d. “*field sobriety tests*”) e, dunque, *ex se* non probante;<sup>100</sup>
- in altre, sono state varate delle “*drugged driving per se laws*” (assimilabili a quelle sopra descritte in relazione alla guida a seguito dell'assunzione di sostanze alcoliche), per le quali la mera rilevazione costituisce prova della commissione dell'illecito (anche se, ad esempio, in Colorado, vd. § 42-4-1301 dei *Colorado Revised Statutes*, si tratta di una *rebuttable presumption*, ovvero sia una presunzione iuris tantum, vincibile dall'imputato, attraverso un meccanismo di inversione dell'onere della prova).<sup>101</sup>

17 marzo 2024. Per quanto concerne, in particolare, le conseguenze per i *first offenders*, vd. C. BIBIER, A. RAMIREZ, *DUI Laws by State (2024 guide)*, in [www.forbes.com](http://www.forbes.com), 27 ottobre 2022.

97. Così come in Italia è configurabile, per lo meno secondo la giurisprudenza, il cumulo tra le responsabilità di cui agli artt. 186 e 187 CdS. Vd. Corte di Cassazione, Sez. II, 16 ottobre 2014, n. 47698. Si tratta, però, di una soluzione, fondata sul mero confronto strutturale, di correttezza alquanto opinabile, tenendo conto che le fattispecie si pongono a tutela del medesimo bene giuridico, ovvero sia della sicurezza della circolazione.

98. Sull'argomento è consultabile una guida completa sul sito *web* della GHSA – *Governors Highway Safety Association*.

99. Esame del sangue, delle urine, della saliva o del capello, impiegati anche per il rilevamento dello stato d'ebbrezza, unitamente al più diffuso *breathalyzer test*.

100. Si tratta dell'approccio seguito anche in Italia. Vd. A.C. RUSSO, *L'assunzione di sostanze stupefacenti non è sufficiente a provare il reato di guida in stato di alterazione psico-fisica*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2024, 7, p. 896 ss.

101. Vd. A. VANDERVOLT, M. BENDER, *Driving under the influence of drugs*, in [www.findlaws.com](http://www.findlaws.com), 29 settembre 2023.

#### 4.2. Segue. Le “DUI” offenses e la restorative justice

La responsabilità per guida in stato d'alterazione, negli *States*, si caratterizza, altresì, per via di rilevanti intrecci con i sistemi di *restorative justice* che, oltreoceano, vantano un'esperienza ben più consolidata rispetto alla nostra, ove il modello ha formato oggetto della recente riforma “Cartabia”. In molti Stati, i first offenders possono essere ammessi a programmi di giustizia riparativa anche in una prospettiva di “*diversion*”. Invece di subire una condanna penale, i colpevoli vengono assegnati, così, a programmi educativi e di trattamento per la dipendenza da alcool o droghe, spesso combinati con incontri di mediazione con la comunità, al fine di consentire la presa di coscienza, da parte del reo, del disvalore della condotta tenuta e dei potenziali effetti che potrebbero derivare da comportamenti *contra ius*, di scongiurare il rischio di recidiva, nonché di favorire la riconciliazione del reo con la collettività.

Tale modello si affianca alle c.d. “*DUI Courts*”, ossia ai procedimenti affidati, in talune giurisdizioni, a “tribunali terapeutici”, ovverosia ad uffici specializzati nella gestione di affari penali correlati alle dipendenze, nel cui contesto pure sono previsti meccanismi che presentano analogie con la *restorative justice* e con la *diversion*.

La *restorative justice*, inoltre, è impiegata in relazione agli illeciti stradali, anche quelli con conseguenze lesive di particolare entità, nel prisma del *sentencing* e dei benefici conseguibili dal reo nella fase di esecuzione della pena, così come, per il vero, potrà accadere in Italia, ove la giustizia riparativa, secondo le linee tracciate dalla recente novella, può giocare un ruolo assai limitato in termini di *diversion*, poiché ristretto alle ipotesi perseguibili a querela (con esclusione, dunque, dell'omicidio colposo stradale; delle ipotesi di cui all'ultimo comma dell'art. 590-bis c.p.; delle figure incriminatrici disciplinate dal Codice della strada, tra cui, per l'appunto la guida in stato di ebbrezza e di alterazione dall'uso di sostanze stupefacenti).<sup>102</sup>

Una delle iniziative più interessanti nel panorama statunitense, in questa proiezione, è quella dell'organizzazione senza scopo di lucro *Mothers Against Drunk Driving* (in acronimo “*MADD*”), che dagli anni '80 svolge una meritoria attività di sensibilizzazione sui temi legati alla guida in stato di alterazione.

L'ente, con sede in Texas, è stato fondato da Candace Lightner, dopo che sua figlia tredicenne, Cari, rimase uccisa, in California, investita da un guidatore ubriaco e, attualmente, tale organizzazione conta sedi in tutti gli *States*, con una presenza capillare anche in Canada.

102. Talché la limitata applicabilità anche dall'istituto di cui all'art. 162-ter c.p., ossia dell'estinzione del reato per condotte riparatorie, pure agganciato alla procedibilità a querela. Analogamente, nel settore, considerate le cornici edittali, l'istituto di cui all'art. 131-bis c.p. è destinato ad una operatività alquanto risicata. Nel sistema italiano, la *diversion* può essere garantita, nel contesto delle *vehicular offenses*, seppur solo in ordine ad alcune delle fattispecie che compongono il microsistema, con la sospensione del processo con messa alla prova, di cui all'art. 168-bis c.p., mentre altre disposizioni (vd. art. 186, comma 9-bis, CdS; art. 187, comma 8-bis, CdS; vd., altresì, la riformata disciplina delle pene sostitutive, di cui all'art. 20-bis c.p.), propongono un'alternativa alle sanzioni proprie del diritto penale “classico”.

La *mission* di MADD, evidenziata sul sito *web* dell'ente, è quella di “*combattere il fenomeno della guida in stato di alterazione, sostenere le vittime di questi crimini e prevenire il consumo da parte dei minorenni*”. Alle pressioni di MADD si deve, peraltro, il varo del *National Minimum Drinking Age Act*, del 1984, che, tra l'altro, ha introdotto il divieto di vendita di alcolici a soggetti di età inferiore a ventuno anni.

MADD gestisce l'uso di *victim impact panels* (VIP), in stretto collegamento con le corti, attivando programmi di giustizia riparativa in cui i *drivers under influence* partecipano a circoli in cui vengono coinvolte vittime di incidenti di guida in stato di alterazione, che espongono le loro esperienze.

Nei *panels*, i trasgressori partecipano a sessioni in cui 4-5 vittime narrano come un incidente di guida in stato di ebbrezza o stupefazione abbia influenzato le loro vite, attraverso un'impostazione non conflittuale, progettata per consentire, attraverso lo *storytelling*, di comunicare la profondità del trauma e del dolore che esse hanno vissuto, al fine di far percepire agli *offender* le conseguenze emotive, fisiche e finanziarie di siffatte condotte criminose.

L'idea, sostanzialmente, è quella di attivare un processo di sensibilizzazione e di reintegrazione del trasgressore che si affianca al *trial* e che ne condiziona gli esiti.

In alcuni Stati, ove la partecipazione alle procedure di *restorative justice* è prevista come gratuita, l'organizzazione si sostiene attraverso donazioni, mentre in altri, come ad esempio la California e la Georgia, ove vige il principio “*pay to play*”, gli *offender* sono tenuti al versamento di alcune *fees*. Uno studio statistico abbastanza recente, condotto in North Dakota, ove il fenomeno della guida in stato di alterazione è assai diffuso, ha mostrato come la partecipazione degli *offenders* ai VIP, in questo settore, sarebbe in grado di produrre benefici tangibili in termini di riduzione del tasso di recidiva.<sup>103</sup>

#### 4.3. Cenni alle “hit and run” offenses

Come risaputo, nel sistema nostrano, gli artt. 589-ter e 590-ter c.p. prevedono delle aggravanti per i reati di omicidio stradale e di lesioni personali stradali gravi o gravissime nel caso in cui il reo si dia alla fuga a seguito del sinistro; l'art. 189, comma 6 e 7, CdS, sotto la rubrica “comportamento in caso di incidente”, sanziona l'inottemperanza da parte del soggetto coinvolto in un sinistro stradale (indipendentemente dalla sua responsabilità civile e penale nella provocazione del sinistro) di fermarsi nonché di prestare soccorso alle persone ferite; l'art. 593 c.p. disciplina, in generale, l'omissione di soccorso e le correlate ipotesi in cui dall'inadempimento dell'obbligo seguano lesioni o la morte dell'infortunato.

Quanto, invece, ai sistemi giuridici statunitensi, le “*hit and run*” *offenses* si riferiscono, per l'appunto, all'ipotesi in cui il soggetto coinvolto in un incidente stradale, anche in questo caso indipendentemente dalla responsabilità nella sua provocazione, ometta di fermarsi, ai fini di

103. K. THOMSON, *Do victim impact panels have sustained effects on DUI recidivism?*, in *Laws*, 2022, 2, p. 28 ss.

consentire la propria identificazione e la ricostruzione delle dinamiche del sinistro, e, perlomeno secondo alcune specifiche previsioni incriminatrici, di prestare assistenza in favore di terzi ove occorrente.

Siffatte previsioni sono state introdotte nei vari ordinamenti americani ben prima che il legislatore italiano si muovesse in tale direzione attraverso la normativa speciale e risultano attualmente sanzionate, come *felonies* o *misdemeanors*, con pene di varia tipologia, dalla sospensione/revoca del titolo di guida sino a quelle detentive.

La disciplina di tali illeciti, dagli elementi costitutivi fino a giungere al trattamento sanzionatorio, differisce notevolmente da Stato a Stato ed è variamente correlata ad elementi quali la gravità delle conseguenze del sinistro; l'entità del pericolo per l'incolumità delle persone coinvolte; la circostanza che il reo sia stato responsabile dell'incidente o lo abbia provocato in costanza di violazione di specifiche regole cautelari, quale, soprattutto, il divieto di guida in stato di alterazione da assunzione di sostanze alcoliche o stupefacenti.

Per fornire al lettore qualche esempio,<sup>104</sup> si può rilevare che:

- i §§ 32.10-1 ss. dell'*Alabama Code* impongono al soggetto che sia stato coinvolto in un sinistro da cui siano derivati danni ai veicoli, lesioni o morte, di fermarsi al fine di consentire la propria identificazione, di adoperarsi affinché intervenga un soccorso sanitario, nonché di informare le forze di polizia. La violazione di tali obblighi costituisce *misdemeanor* o *felony*, nel caso in cui dal sinistro siano derivate lesioni o morte;
- analogamente, in Colorado, le fattispecie incriminatrici s'incentrano sugli effetti del sinistro, tanto è vero che la fuga nel caso di incidente con feriti o decessi costituisce *felony*, mentre, nell'ipotesi di danni a cose, *misdemeanor* (vd. §§ 42-4-1601 ss. dei *Colorado Revised Statutes*);
- il § 316-027 dei *Florida Statutes*, che si riferisce alla fuga del soggetto coinvolto in un sinistro da cui siano derivate lesioni o morte, prevede come fattispecie autonoma l'ipotesi in cui la condotta sia stata realizzata da un soggetto alla guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti. Inoltre, è previsto che “*se la violazione degli obblighi previsti da questa disposizione causa la morte di un'altra persona, il soggetto, oltre a qualsiasi altra sanzione civile, penale o amministrativa imposta, può essere obbligato dalla corte a prestare 120 ore di servizio in favore della comunità in un centro traumatologico o in un ospedale che riceve regolarmente vittime di incidenti stradali, sotto la supervisione di un'infermiera qualificata, di un medico del pronto soccorso o di un tecnico di medicina d'urgenza*”;
- la figura di *failure to stop after collision* prevista dal § 24, Parte I, Titolo XIV delle *Massachusetts General Laws*, nonché quella di *duty to stop* di cui al Titolo 23, Capitolo 13, § 1128 dei *Vermont Statutes*, prevedono come elemento costitutivo l'allontanamento dal luogo del sinistro per evitare l'identificazione, e non disciplinano affatto l'obbligo del soggetto coinvolto dal sinistro di attivarsi al fine di consentire l'intervento del soccorso sanitario.

104. Per i richiami normativi alle previsioni dei singoli Stati, vd., invece, N. MORITZ, *Leaving the Scene of an Accident/Hit and Run: State Laws*, in [www.findlaw.com](http://www.findlaw.com), 8 gennaio 2024.

Tali esempi, dunque, confermano che i legislatori statunitensi hanno inteso operare, anche in tale ambito, scelte alquanto diversificate. In molti casi, però, si tratta di ipotesi che sanzionano la mera inottemperanza all'obbligo di fermata e che, dunque, sono svincolate dal requisito della sussistenza di un pericolo per l'incolumità dei soggetti coinvolti e/o per la sicurezza della circolazione. Si è, quindi, al cospetto, in quest'ultimo caso, di c.d. “*conduct crimes*”, che possono intersecarsi (determinando perplessità sulla configurabilità del concorso di reati) con quelli di omissione di soccorso, anche “comune” (ossia con fattispecie di portata generale, non previste dalla normativa di settore), che pure s'innestano sulla *breach of duty to rescue*.<sup>105</sup>

Inoltre, si deve rimarcare che tali figure hanno sollevato, in diverse giurisdizioni, dubbi di legittimità nel prisma del principio del *nemo tenetur se detegere*, ovvero sia del *privilege against self-incrimination* sancito dal Quinto Emendamento, che, tuttavia, sono stati oggetto di questioni dichiarate infondate a più riprese dalle corti statali, come nel caso di *Banks v Commonwealth*, 217 Va. 527 (Virginia 1976) o, più di recente, di *State v Alexander*, 124,875 (Kansas Ct. App. Dec. 29, 2023), nonché dalla stessa Corte suprema federale con la sentenza *California v Byers*, 402 U.S. 424 (1971) ove, in estrema sintesi, tali previsioni sono state giudicate immuni da censura in un'ottica di bilanciamento tra la garanzia difensiva del reo e l'interesse alla sicurezza della circolazione, ritenuto dalla Corte prevalente.

A ciò si aggiunga che, in alcuni Stati, come ad esempio la Georgia (vd. il combinato disposto dei §§ 40-6-393 e 40-6-270 del *Georgia Code*) si prevedono delle specifiche ipotesi qualificabili come (utilizzando la terminologia nostrana) reati aggravati dall'evento, che si concretizzano nel caso in cui dall'omissione di soccorso derivino, per l'appunto, morte o lesioni a carico del soggetto precedentemente coinvolto in un sinistro veicolare.

Sebbene, allora, tali figure siano concepite come ipotesi colpose, come del resto attesta il richiamo al *negligent manslaughter*, e, dunque, essendo esse in astratto imperniate su *foreseeability* e *avoidability*, tali elementi, la cui ricorrenza è affidata alla discrezionale valutazione della giuria, si rivelano materiale oltremodo plastico, tanto da poter condurre, nella prassi, a forme di responsabilità oggettiva “occulta”.

Sicché, dal breve quadro che si è appena tratteggiato si può trarre la conclusione per cui tanto in Italia, quanto negli *States*, i legislatori si siano mossi, nel tempo, nella chiara direzione del *law enforcement*, attraverso opzioni punitive che presentano talune, non inconsistenti analogie, anche con riguardo alle criticità che esse sollevano.<sup>106</sup>

105. In argomento, vd. C. CROSBY, *Gross negligent manslaughter by omission*, in *Journal of Criminal Law*, 2018, 2, p. 127 ss.

106. In particolare, sul rapporto di tensione tra previsioni correlate alla fuga ed il principio del *nemo tenetur se detegere*, vd. M.L. MATTHEUDAKIS, *Il guidatore trasgressore semplice, quello collezionista di reati (magari professionista), quello sconsiderato e quello sprovveduto... eventualmente in fuga: anatomia dell'irragionevolezza*, in [www.archiviopenale.it](http://www.archiviopenale.it), 24 febbraio 2017. Sui “residui di responsabilità oggettiva” correlati alla fattispecie codicistica di omissione di soccorso, vd. A. CADOPPI, *Il reato di omissione di soccorso*, Padova, 1993. Su questa controversa figura, vd. anche F. BASILE, *Su alcune questioni controverse intorno all'omissione di soccorso: un reato in cerca d'autore*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2013, 2, p. 643 ss.

#### 4.4. *Le vehicular manslaughter under influence offenses*

In alcuni Stati americani, come l'Alaska, non sono previste norme che disciplinano *ad hoc* il *vehicular manslaughter while intoxicated*, ovvero sia l'omicidio colposo stradale realizzato da un soggetto sotto l'influenza di alcool o sostanze stupefacenti, tanto che tali ipotesi determinano la responsabilità del reo in base alle norme di parte speciale che sanzionano la guida *under influence* nonché alle fattispecie "comuni" di *manslaughter*.

In altre giurisdizioni, come il Kentucky e la Louisiana, il *vehicular manslaughter* è figura che incrimina esclusivamente l'omicidio colposo stradale *while intoxicated*, mentre in altre tale ipotesi costituisce una fattispecie autonoma, più grave rispetto a quella di *vehicular manslaughter* "comune" (o, comunque, delle figure "generali" di omicidio colposo).

Si tratta di *offenses* sanzionate con pene assai severe. Così, ad esempio:

- in Michigan e Texas la pena detentiva è fissata fino ad un massimo di 20 anni di reclusione (vd. § 257.625 dei *Michigan Statutes* ed il § 12.33 del *Texas Penal Code*).
- ai sensi del § 163.149 degli *Oregon Revised Statutes*, la pena per tali ipotesi è quella della reclusione fino a 20 anni, oltre alla pena pecuniaria fino al ragguardevole importo di 375.000 dollari;
- in base al § 14.32.1 dei *Louisiana Revised Statutes*, la pena detentiva oscilla tra un minimo di 3 ed un massimo di 30 anni di reclusione;
- per quanto stabilito dal § 45.5.106 del *Montana Code Annotated* la pena per l'omicidio stradale *under influence* è sanzionata, anche in questo caso, con una pena detentiva fino a 30 anni;
- in Nevada, al ricorrere di alcune circostanze, la pena può consistere, addirittura, nell'ergastolo (vd. § 28-105 dei *Nevada Statutes*).

Si tratta, dunque, di un trattamento assai più rigido rispetto a quello previsto dal codice penale nostrano (ove solo nell'ipotesi plurilesiva di cui all'ultimo comma dell'art. 589-*bis* c.p. è prevista la pena fino a 18 anni di reclusione; negli *States* in questi casi, generalmente, il fatto determina, invece, una pluralità di addebiti ed un cumulo punitivo).<sup>107</sup>

Quanto all'elemento costitutivo dello stato di alterazione, così come in Italia, lo stesso si ritiene dimostrato dall'accusa, generalmente, nel caso di assunzione di bevande alcoliche, con i risultati dei *test* attestanti la positività o, anche in questo caso, attraverso indici sintomatici,<sup>108</sup> mentre per quanto concerne quello di guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti, i risultati di laboratorio, di massima, non sono giudicati dalle corti sufficienti a dimostrare l'alterazione, dovendosi l'accertamento tecnico affiancare ad ulteriori elementi di prova.<sup>109</sup>

107. Vd., ad esempio, *State v Dunlop*, 721 P.2d 604 (Alaska 1986).

108. Per quanto concerne il contesto italiano, vd. Corte di Cassazione, Sez. IV, 27 novembre 2019, n. 51151, per cui lo stato di ebbrezza potrebbe essere accertato, con riferimento all'omicidio stradale, anche con il mero ricorso agli indici sintomatici. Su questi temi, in dottrina, vd. E. RECCIA, *La criminalità stradale. Alterazione da sostanze alcoliche e principio di colpevolezza*, Torino, 2014, *passim*.

109. Vd., da ultimo, per quanto riguarda il sistema nostrano, Corte di Cassazione, Sez. IV, 5 ottobre 2022, n. 48632;

In merito al nesso causale, una parte della dottrina italiana ha rimarcato che per le ipotesi di omicidio stradale aggravato dallo stato di alterazione l'addebito dovrebbe essere subordinato all'accertamento del nesso causale tra siffatto stato e l'evento-morte;<sup>110</sup> si tratta di una tesi condivisibile, talora sostenuta anche dalle corti statunitensi – vd., ad esempio, *State v McGill*, 314 N.C. 633, 336 S.E.2d 90 (North Carolina 1985) – anche se, in effetti, risulta ben difficile che la giurisprudenza, a fronte della violazione di regole cautelari generiche e specifiche da parte dell'automobilista, da cui sia derivato l'evento lesivo tipizzato, in costanza di un accertamento (strumentale o meno) dello stato di alterazione, possa giungere a negare il ricorrere dell'aggravante in disamina (o, negli States, delle fattispecie incriminatrici autonome di *vehicular manslaughter while intoxicated*).

Sul fronte dell'elemento psichico, invece, occorre rilevare che in alcune giurisdizioni statunitensi (vd. § 1C: 11-5.3 dei *New Jersey Revised Statutes*, e § 18-3-106 dei *Colorado Revised Statutes*) il *vehicular manslaughter while intoxicated* è disciplinato (o interpretato dalle corti) come *strict liability offense*, nel senso che non è richiesta, ai fini dell'integrazione di questa figura, la prevedibilità dell'evento lesivo, essendo sufficiente che dalla guida in stato di alterazione sia derivato il sinistro.

Sicché, la logica operativa è quella che sottendeva nel sistema nostrano – prima della rilettura operata in giurisprudenza con la sentenza Corte di Cassazione, Sez. Un., 29 maggio 2009, n. 22676, “Ronci” – ai reati aggravati dall'evento, ove quest'ultimo veniva addebitato, per l'appunto, in maniera oggettiva, sulla linea del *versari*.

In ordine al concorso di reati, poi, si può rilevare che, al netto di eventuali disposizioni compendiate negli statuti, che prevedano espressamente il cumulo della responsabilità per *vehicular manslaughter while intoxicated* e *DUI offenses*, nonché, di converso, di *mandatory joinder provisions*, alla luce del principio espresso dalla Corte suprema federale in *Illinois v Vitale*, 447 U.S. 410 (1980) si dovrebbe ritenere che il *vehicular manslaughter* assorba le *DUI offenses* medesime (che, dunque, dovrebbero essere qualificate come *lesser included*) nel caso in cui la guida in stato di alterazione rappresentasse elemento costitutivo di un autonomo illecito (tenendo conto che, di massima, i legislatori americani, così come quelli dei paesi di *common law*, non impiegano la tecnica normativa delle circostanze).<sup>111</sup>

In senso opposto, però, si è espressa, ad esempio, *People v Cady*, 7 Cal.App.5th 134, 212 Cal. Rptr. 3d 319 (California Ct. App. 2016). Nell'occasione, in particolare, si è affermato che la figura speciale di omicidio colposo s'integrerebbe al mero ricorrere dell'assunzione di sostanze, mentre nelle *DUI offenses* si richiederebbe il superamento di determinate soglie e, comunque, l'incidenza del-

Corte di Cassazione, Sez. IV, 14 luglio 2024, n. 31190: “in tema di omicidio stradale, l'esito positivo dell'accertamento compiuto sui campioni biologici del conducente (nella specie, l'analisi delle urine) non è sufficiente a dimostrare l'attualità dello stato di alterazione, dovendo questo essere riscontrato da dati sintomatici della pregressa assunzione di sostanza drogante, rilevati al momento del fatto”.

110. A. MENGHINI, *L'omicidio stradale*, op. cit., p. 61.

111. Sulla peculiarità dell'esperienza nostrana, vd. A. MELCHIONDA, *Le circostanze del reato, origine, sviluppo e prospettive di una controversa categoria penalistica*, Padova, 2000. Sul ruolo delle circostanze nella fase di sentencing nel sistema inglese, vd., nella letteratura italiana, I. MERENDA, *Le circostanze del reato tra prevenzione generale e speciale*, Torino, 2022, p. 85 ss.

l'assunzione di alcool e stupefacenti sulle capacità di guida, elementi, quest'ultimi, non richiesti dal *vehicular manslaughter* associato alla DUI, tanto da giustificare, *in thesi*, il cumulo.

Quella appena descritta, però, costituisce soluzione di correttezza alquanto opinabile, per una serie di ragioni concorrenti, ovverosia in quanto:

- la *lesser included offense doctrine* si fonda anche su criteri valoriali e, in effetti, il *vehicular manslaughter while intoxicated* sembra assorbire l'intero disvalore del fatto;
- in difetto di previsioni *ad hoc*, regolanti il cumulo, la *rule of lenity* dovrebbe indurre alla soluzione più favorevole al reo;
- con diversi pronunciamenti – vd., tra le più recenti, *State v Paulson*, 501 P.3d 873 (Idaho 2022) – alcune corti superiori statunitensi hanno precisato come la fattispecie di *vehicular homicide under influence* si potrebbe sostanziare solo laddove lo stato di alterazione rappresentasse un fattore produttivo, unitamente ad altre violazioni di regole cautelari, dell'evento-morte;
- il *multiple charge*, tenendo conto delle pene previste per la particolare fattispecie di omicidio, determina delle soluzioni in forte tensione con il principio di proporzionalità.

#### 4.5. Quando il rischio determina l'addebito a titolo di dolo

Si deve rilevare, inoltre, che la guida in stato di alterazione rappresenta un elemento che si pone su confini alquanto scivolosi tra responsabilità colposa (*manslaughter*) e dolosa (*murder*), attesa la forte capacità attrattiva di quello che, impiegando la nomenclatura nostrana, può essere indicato come dolo eventuale che, nella gran parte degli ordinamenti americani, è associato alla figura del *murder of second degree*.

In proposito, si può osservare che la suddivisione “per gradi” del *murder* (omicidio volontario) non è propria del *common law* essendo essa, invece, frutto dell'invenzione dei legislatori americani (primo tra tutti, nell'ultimo quarto del '700, quello della Pennsylvania). Le diverse figure sono accumulate dal dolo ma l'omicidio di primo grado, per il quale talora è prevista la *death penalty*, si distingue per via del ricorrere della premeditazione o di altre, particolari circostanze, tra cui può figurare quella in cui l'omicidio risultasse il prodotto, non voluto dal soggetto agente, di una condotta finalizzata alla realizzazione di un altro, grave illecito penale (*id est*, in casi di reato aberrante).

Sulle origini della disciplina del *murder* e sul correlato concetto di *malice aforethought*, si è soffermata, ormai un secolo e mezzo orsono, l'autorevole opera monografica di Francis Wharton, *A treatise on laws of homicide in the United States*, pubblicata a Philadelphia nel 1875; secondo questo illustre studioso, “*murder, as usually defined, is where a person of sound memory and discretion unlawfully kills any reasonable creature in being, in the peace of the commonwealth, with malice aforethought, either express or implied*” (p. 1).

Quanto al concetto di malice, Wharton rilevò: “*malice may be defined as evil intent; and may, for the purposes of this treatise, be regarded as convertible with dolus. Dolus, indeed, includes the idea of fraud, which in our present legal use is not expressed by malice; but so far as concerns injuries*

*effected by force, dolus expresses whatever we are accustomed to include under the term malice. A wound, which by our law would not be regarded as malicious, would not by the Roman law be regarded as caused by dolus. A wound to whose author the Roman law does not impute dolus, would not be regarded by our law as malicious. Between dolus and culpa the line is drawn in the Roman law in the same way as in our own law, the line between malice and negligence. There is, however, this difference between the two jurisprudences to dolus, as a psychological study, the Roman jurists devoted great attention; to malice, as a psychological study, our jurists have given but little attention, contenting themselves with dealing curtly with the subject in the concrete” (p. 10).*

Talché, assimilata la *malice* al dolo<sup>112</sup> (e, correlativamente, la *negligence* alla colpa), l'Autore segnalò come il concetto di *malice* fosse già *illo tempore* evoluto rispetto al *common law* inglese, ove suddetto termine stava ad indicare un'azione non solo dolosa, ma accompagnata da altre circostanze, indicative della particolare riprovevolezza della condotta e/o dell'animo stesso del reo (p. 18-19). Sostenendo che il termine *aforethought* (letteralmente tradotto: “deliberata”) dovesse ritenersi una mera duplicazione del concetto di malice, Wharton rilevò, in ordine alla differenza tra *malice express* e *implied*: “ricorre malizia espressa quando una persona uccide un'altra con una mente fredda e calma e in base ad un disegno preconstituito. Quest'ultimo elemento può essere evidenziato da circostanze esterne, che rivelano l'intenzione interiore, come nel caso di un agguato, di precedenti minacce, di rancori già covati e della presenza di orditi per arrecare danno alla vittima. La malizia implicita, invece, si sostanzia in qualsiasi atto deliberato, commesso da una persona ai danni di un'altra, per quanto esso sia improvviso, senza che occorra provocazione” (p. 24).

Si tratta di concetti ancor oggi accolti dalla dottrina e dalla giurisprudenza e, in taluni casi (come, ad esempio, nei §§ 200.010, 200.020 e 200.030 dei *Nevada Revised Statutes*), codificati dai legislatori statunitensi.

Lo studioso, inoltre, riconducendo il concetto di *dolus eventualis* di matrice europea alla *malice* (p. 17, 37), osservò come tale elemento psichico fosse in qualche modo correlato alla *awareness of the risk*, senza però approfondire questo elemento che, invero, divenne oggetto di riflessioni più mature solo nel XX secolo, allorquando esso divenne spartiacque tra *recklessness* e *negligence* e, nel contempo, critico elemento in comune tra *recklessness* e intent (dolo).<sup>113</sup>

Proprio l'omicidio stradale in stato di alterazione ha rappresentato, allora, un formidabile banco di prova per la definizione delle categorie penalistiche da ultimo richiamate, ossia tra la *malice implied*-dolo eventuale e la *recklessness* (in termini di “colpa cosciente” o, meglio, “con previsione”, del rischio e dell'evento lesivo che ne consegue)<sup>114</sup>.

112. Su questo passaggio, nella letteratura nostrana, vd. S. RAFFAELE, *Essenza e confini del dolo*, Milano, 2018, p. 396.

113. vVd. F.X. SHEN E ALT., *Sorting guilty minds*, in *New York University Law Review*, 2011, 86, p. 1306 ss.

114. Su questo opportuno distinguo, vd. E. MEZZETTI, *Diritto penale. Dottrina, casi e materiali*, Bologna, 2023, p. 405.

Siffatta differenza, chiaramente, non è di poca importanza, atteso l'enorme divario sanzionatorio tra le due diverse ipotesi.<sup>115</sup>

Il *leading case*, in quest'ambito, è quello deciso dalla Corte suprema della California in *People v Watson*, 30 Cal.3d 290, 179 Cal. Rptr. 43, 637 P.2d 279 (California 1981).

La Corte, in particolare, così ha riassunto la vicenda e lo svolgimento del processo: *“l'imputato è stato accusato sia di omicidio di secondo grado sia di vehicular manslaughter. L'interessato sostiene che i fatti evidenziano, al massimo, una grave negligenza punibile ai sensi della disposizione oggetto della seconda contestazione. Dobbiamo concludere, però, che i fatti supportano la tesi per cui ricorre l'implied malice che giustifica l'accusa per murder. Le circostanze del reato, come emerse dall'esame preliminare, sono le seguenti: tra la tarda notte e le prime ore del mattino tra il 2 ed il 3 gennaio 1979, l'imputato, Robert Watson, ha consumato grandi quantità di birra in un bar. Circa un'ora e mezza dopo aver lasciato il locale, l'imputato ha attraversato un semaforo rosso su una strada cittadina ed è riuscito ad evitare una collisione con un'altra auto solo slittando e fermandosi nel mezzo di un incrocio. Dopo tale episodio, l'imputato è partito ad alta velocità, si è avvicinato a un altro incrocio e, sebbene abbia nuovamente frenato, ha colpito un'altra auto. Tre passeggeri che occupavano tale ultimo veicolo sono stati sbalzati fuori dall'abitacolo e il conducente unitamente alla sua figlia di sei anni sono morti. L'imputato ha lasciato 112 piedi (circa 34 metri) di segni di slittamento prima dell'impatto e altri 180 piedi (circa 55 metri) di segni di slittamento fino al punto di arresto del veicolo. Il limite di velocità applicabile sulla scena dell'incidente era di 35 miglia orarie (circa 56 km/h). Un esperto, basandosi sui segni di slittamento e altre prove fisiche, ha stimato che la velocità dell'imputato immediatamente prima di frenare fosse pari a 84 miglia orarie (circa 135 km/h). Al momento dell'impatto, si è concluso che la velocità del veicolo del defendant era di circa 70 miglia orarie. Il testimone oculare ha dichiarato che l'auto dell'imputato lo ha superato molto velocemente poco prima della collisione. Secondo detto teste, l'imputato ha sbandato dalla corsia lenta alla corsia veloce, ha frenato all'improvviso ed è sbandato nell'incrocio e, quindi, ha colpito l'altro veicolo. Il tasso alcolico nel sangue dell'imputato, mezz'ora dopo la collisione, era dello 0,23 percento, più del doppio della percentuale necessaria per stabilire che fosse legalmente in stato di ebbrezza. La mozione dell'imputato, volta a respingere il capo d'imputazione per murder, è stata accolta dalla corte precedentemente adita, e lo Stato ha proposto impugnazione”*.

La Corte, allora, ha rilevato, in linea generale, che *“se i fatti che circondano il reato supportano una conclusione di malizia implicita, può essere formulata l'accusa di omicidio di secondo grado; se i fatti dimostrano solo negligenza, può essere sostenuta un'accusa di omicidio colposo veicolare. Poiché la condotta dell'imputato in questo caso, da un punto di vista dell'uomo ragionevole, ha dimostrato sconsideratezza e un consapevole disprezzo per la vita, ciò supporta l'affermazione del dolo. D'altro canto, la malizia è implicita quando una persona, sapendo che la sua condotta mette*

115. Per un quadro completo, *State by State*, vd. il rapporto *Penalties for drunk driving vehicular homicide*, redatto da MADD e reperibile sul sito web dell'Associazione.

*in pericolo la vita di un'altra, agisce comunque, con consapevole disprezzo per la vita. La implied malice contempla una consapevolezza soggettiva di un grado di rischio più elevato rispetto a forme gravi di colpa. Il dolo presuppone, a differenza della negligenza, che l'imputato abbia effettivamente apprezzato il rischio".*

Si è, inoltre, soggiunto: *"il comportamento di chi consuma volontariamente bevande alcoliche fino al punto di ubriacarsi, sapendo che in seguito dovrà guidare un veicolo a motore, combinando così facoltà fisiche e mentali fortemente compromesse a dispetto della necessità di governare un mezzo capace di grande forza e velocità, può ragionevolmente essere ritenuto tale da dimostrare un consapevole disprezzo per la sicurezza altrui. L'imputato ha guidato a velocità molto elevate per le strade cittadine, un atto altamente rischioso. L'imputato è quasi entrato in collisione con un veicolo dopo essere passato con il semaforo rosso. In seguito, ha ripreso la sua velocità eccessiva prima di scontrarsi con l'auto delle vittime, tentando di nuovo tardivamente di frenare la sua auto prima della collisione (come dimostrato dalle ampie tracce di slittamento prima e dopo l'impatto); il che suggerisce un'effettiva consapevolezza del grande rischio di danno che aveva creato. Nel complesso, questi fatti supportano ragionevolmente e prontamente una conclusione secondo cui l'imputato ha agito in modo sconsiderato e con un consapevole disprezzo per la vita umana".*

Talché, in sostanza, la Corte ha affermato come il dolo si sostanzierebbe al ricorrere della consapevolezza da parte del reo del rischio di lesione, nonché dell'elevata probabilità di verificazione dell'evento lesivo.<sup>116</sup> Si tratta, allora, di tendenze interpretative che dovrebbero essere oggetto di una profonda rimediazione da parte della giurisprudenza, poiché esse finiscono con lo snaturare la natura del dolo/*intent*, con l'alimentare l'imprevedibilità delle decisioni giudiziarie e con lo sfociare, talora, in soluzioni in forte tensione con il principio di proporzionalità che, invece, rappresenta un parametro indefettibile per tutti gli ordinamenti penali moderni.

Quanto all'Italia, il problema della definizione del dolo eventuale ha formato oggetto, nel tempo, di una davvero sterminata letteratura. Come risaputo, però, una svolta è stata segnata dalla sentenza delle Sezioni Unite sul caso Thyssenkrupp (Corte di Cassazione, Sez. Un., 24 aprile 2014, n. 38343, "Espanhahn") che, al fine di rin vigorire il concetto di dolo, ha declinato una serie di indicatori, tra i quali spicca la c.d. "prima formula di Frank" che, si potrebbe osservare non senza una qualche approssimazione, ha determinato il passaggio ermeneutico dall'accettazione del rischio all'accettazione dell'evento.<sup>117</sup>

116. Per un ampio commento (adesivo) alla pronuncia, vd. M.S. LEVIN, *People v. Watson: drunk driving homicide. Murder or enhanced manslaughter*, in *California Law Review*, 1983, 3, p. 1298 ss.

117. Sulla (prima) formula di Frank, vd., *ex multis*, G. GENTILE, "Se io avessi previsto tutto questo". *Riflessioni storico-dogmatiche sulle formule di Frank*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 30 ottobre 2013; L. EUSEBI, *Formula di Frank e dolo eventuale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015, 2, p. 623 ss.; M. ROMANO, *Dolo eventuale e Corte di cassazione a Sezioni Unite: per una rivisitazione della c.d. accettazione del rischio*, *loc. cit.*, p. 559 ss.

È pure ben noto che prima della decisione delle Sezioni Unite, la giurisprudenza, a partire dai primi anni del XXI secolo, si era soffermata a più riprese sui rapporti tra dolo eventuale ed omicidio stradale. In alcune occasioni, in particolare, la Cassazione aveva rilevato come la mera previsione ed accettazione del rischio di verificazione di eventi lesivi a carico di terzi, correlati alla “guida spericolata”, non potesse importare la responsabilità dolosa,<sup>118</sup> mentre in altri siffatti elementi (ossia previsione/accettazione del rischio) erano stati ritenuti l’essenza stessa del *dolus eventualis*.<sup>119</sup>

Ciò, per il vero, attraverso l’uso estemporaneo di formule alquanto ambigue, risultando ricorrente il riferimento a concetti quali “possibilità”, “probabilità”, “significativa probabilità”, “evento concretamente verificabile”, “prezzo da pagare”, “evento collaterale”, “agire anche a costo di provocare l’evento”, e così via, che, in effetti, avevano alimentato una grave incertezza circa i paradigmi fruibili dall’interprete.

A valle della pronuncia delle Sezioni Unite “Thyssenkrupp”, la Cassazione ha avuto modo di occuparsi nuovamente dei rapporti tra dolo eventuale ed omicidio stradale. Così, con la sentenza Corte di Cassazione, Sez. I, 26 marzo 2015, n. 37606, la suprema Corte ha scrutinato il ricorso spiegato da un imputato che, nelle fasi di merito, era stato condannato per omicidio volontario, per aver condotto, in stato di ebbrezza, un veicolo di grossa cilindrata ad alta velocità e contromano, al fine di sfuggire all’inseguimento delle forze dell’ordine, andando ad investire, nonostante un tentativo di evitare l’impatto, un malcapitato pedone, deceduto sul colpo.

La Corte, allora, nel rigettare il motivo del ricorso con cui si era lamentata la scorretta qualificazione giuridica del fatto che, ad avviso dell’interessato avrebbe dovuto essere inquadrato nell’alveo dell’omicidio colposo, ha rilevato che: *“giòva rammentare che il dolo eventuale, figura di giurisprudenziale conio, si individua, secondo tralaticia definizione, quando l’agente, rappresentandosi l’eventualità dell’evento più grave, non avrebbe agito diversamente anche se di esso avesse avuto la certezza. Trattasi di atteggiamenti psicologici che, secondo tradizionale lezione giurisprudenziale, vanno ricostruiti affidandosi agli elementi sintomatici evidenziati dal comportamento del soggetto, riconoscendo significato dirimente al rapporto tra lo scopo principale perseguito e l’evento diverso realizzato”*.

Sulla base di tali assunti, richiamato il precedente delle Sezioni Unite e gli indicatori ivi elaborati, la Corte, allora, ha ritenuto la sentenza immune da censure in ragione di: *“il grado di difformità della condotta dell’imputato da quella imposta dal codice della strada per i veicoli marcianti in centro abitato e la velocità del mezzo; la durata della condotta illegittima e la replica delle violazioni alle regole autostradali, notevole e diffusa; subito dopo l’investimento mortale l’imputato tentò la fuga senza alcuna preoccupazione circa le sorti della vittima; lo scopo della sconsiderata fuga in*

118. Vd. Corte di Cassazione, Sez. IV, 10 febbraio 2009, n. 13083; Corte di Cassazione, Sez. IV, 18 febbraio 2010, n. 11222; Corte di Cassazione, Sez. IV, 3 luglio 2012, n. 39898.

119. Vd. Corte di Cassazione, Sez. I, 1 aprile 2008, n. 18867; Corte di Cassazione, Sez. I, 1 febbraio 2011, n. 10411; Corte di Cassazione, Sez. V, 27 settembre 2012, n. 42973.

*auto ossia la volontà di sottrarsi alle conseguenze della guida imprudente e della ubriachezza verificabile da parte delle forze dell'ordine: il ritiro della patente, il sequestro del mezzo, la perdita del permesso di soggiorno; la probabilità di un incidente grave come conseguenza della guida sconsiderata è stata logicamente ritenuta, dai giudici di merito, molto elevata; evidente è il contesto illecito in cui si è svolta la vicenda; ancora coerentemente con le regole della logica hanno i giudici di merito ritenuto provato che l'imputato, anche prevedendo la possibilità di incidenti mortali conseguenti alla sua guida sconsiderata, ha continuato nella condotta".*

Con la successiva sentenza Corte di Cassazione, Sez. I, 26 giugno 2017, n. 43574, la Corte ha affrontato nuovamente un ricorso avverso una sentenza di condanna per omicidio volontario determinato da guida spericolata. Così la Cassazione, in particolare, ha riassunto la vicenda che sottendeva al processo: *"l'imputata, in stato di ebbrezza alcolica e sotto l'effetto di stupefacenti, alla guida di una autovettura, percorrendo a forte velocità in senso contrario di marcia la superstrada Milano-Meda, dopo avere imboccato contromano la rampa d'accesso dell'autostrada A4 e proseguito sempre in contromano sullo svincolo del raccordo A4 Cormano-Bresso, ignorando i segnali di pericolo giungenti dagli altri automobilisti, rendendosi inottemperante all'ordine di fermarsi intimatole da una volante della polizia stradale che a tal fine di era posizionata al centro della carreggiata venendo speronata, procedendo, quindi, a fari spenti ed entrando, infine, in collisione con un'autovettura che sopraggiungeva in senso opposto, ha cagionato la morte del conducente della suddetta auto".*

Sicché il rigetto del ricorso, in quanto *"nelle specifiche circostanze fattuali accertate dai giudici di merito, la deliberata condotta dell'imputata rende palese che costei non ha soltanto agito imprudentemente, guidando a elevata velocità di notte, a fari spenti, contromano, senza patente e ubriaca, un'auto potente, ma ha portato alle estreme conseguenze una condotta perseguita e voluta, come dimostrato dall'abilità con cui ha evitato gli ostacoli che si frapponevano al suo procedere, spegnendo le luci, usando il telefono, del tutto incurante degli altri utenti della strada. Ha posto in essere comportamenti significativi di una volontà pervicacemente sorretta dall'intenzione di andare fino in fondo, con sprezzo per le regole, quindi, a costo di provocare ciò che in effetti si è verificato".* Con la più recente Corte di Cassazione, Sez. V, 6 giugno 2023, n. 32281, invece, la Corte ha annullato la sentenza di condanna di un imputato per lesioni volontarie, in costanza di dolo eventuale, per aver ingaggiato, a seguito di un diverbio, un inseguimento di un ciclomotore, nel corso del quale il conducente di quest'ultimo veicolo aveva perso il controllo del mezzo rovinando a terra e riportando ferite gravissime.

Ciò rilevando: *"che la colpa cosciente è configurabile nel caso in cui l'agente abbia previsto in concreto che la sua condotta poteva cagionare l'evento, ma abbia agito con il convincimento di poterlo evitare. L'imputato era mosso dall'intento di raggiungere il suo avversario, costringerlo a fermarsi, e riprendere la colluttazione per avere la possibilità di una rivincita. Tanto ha fatto tenendo una condotta imprudente sotto plurimi profili. L'indagine sull'elemento soggettivo, da parte della Corte di appello, si arresta però all'elemento rappresentativo, mentre quello volitivo, che caratterizza precipuamente il dolo eventuale, ravvisato dai giudici di merito, risulta affidato a una motivazione*

*che si rivela assertiva, astratta e congetturale, non avendo, la sentenza impugnata, spiegato con sufficiente e chiaro percorso argomentativo, ispirato alle coordinate ermeneutiche segnate dalla giurisprudenza di legittimità, sulla base di quali elementi fattuali abbia ritenuto acclarata l'accettazione del rischio, che connota il dolo eventuale, e che deve avere riguardo necessariamente all'evento lesivo cagionato, giacché il dolo eventuale non implica la necessaria accettazione di una situazione rischiosa, ma l'accettazione di un evento definito che deve trovare il suo presupposto in una valutazione che mette in conto, dopo appropriata ponderazione, l'evento medesimo come eventuale prezzo da pagare”.*

Sicché, nel complesso, si può rilevare come, in effetti, a valle della pronuncia delle Sezioni Unite, la giurisprudenza tenda a valorizzare, più che in passato, il peso dell'elemento volitivo del dolo, giungendo all'ascrizione dell'omicidio (o del delitto di lesione) volontario solo in casi eccezionali; ciò sebbene il rischio di deviazioni rispetto a tale impostazioni, con la trasmutazione di forme di colpa particolarmente grave in dolo, sia piuttosto tangibile, in un contesto ormai da tempo connotato da ansia securitaria, alimentata spesso dai *media*, tale da poter determinare la flessibilizzazione della categorie penalistiche di riferimento.<sup>120</sup>

## 5. Cenni alla questione della responsabilità da circolazione di veicoli a guida autonoma

Una delle questioni di maggior rilievo nel settore in disamina è rappresentata dalla responsabilità da circolazione di veicoli a guida assistita e di quelli *self-driving* (ossia a guida pienamente autonoma), che è divenuta oggetto di ampio dibattito in tutto il mondo.<sup>121</sup>

Dal punto di vista definitorio, l'automazione dei veicoli circolanti su strada segue la accreditata classificazione elaborata dalla *Society of Automotive Engineers* (in acronimo, “SAE”), secondo lo schema di seguito riportato.

120. Su questo argomento, vd. anche A. MENGHINI, *L'omicidio stradale*, op. cit., p. 11 ss.

121. Per un'analisi approfondita, vd. S. SCAGLIARINI (a cura di), *Smart roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, Torino, 2019; D. CERINI, A. PISANI TEDESCO (a cura di), *Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, Torino, 2020; G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, *Driverless cars. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021. Nella letteratura di lingua inglese, vd. S.I. SCHWARTZ, K. KELLY, *No one at the wheel: driverless cars and the road of the future*, New York, 2018; J.E. HUMMER, *Driverless America: what will happen when most of us choose automated vehicles*, Wallendale, 2020; C. WOLMAR, *Driverless cars: on a road to nowhere*, London, 2020; S. VAN UYTSEL, D. VASCONCELLOS VARGAS (a cura di), *Autonomous vehicles: business, technology and law*, Singapore, 2021.

Livello di automazione	Caratteristiche del veicolo
0	Nessuno strumento di automazione
1	Il sistema di automazione consta in ausili alla guida come il <i>cruise control</i> adattivo, i controlli elettronici di stabilità del veicolo (ESC), il supporto dinamico di frenata, i sistemi di mantenimento della corsia di marcia. <sup>122</sup>
2	Il sistema consente al guidatore di cedere il controllo di alcune funzioni in situazioni limitate. Il conducente deve, tuttavia, sorvegliare permanentemente il sistema ed essere in condizione di riprendere immediatamente il controllo del mezzo in qualsiasi momento.
3	Il guidatore può cedere al sistema il pieno controllo delle funzioni critiche di sicurezza, ma solo con riferimento a specifiche condizioni di traffico e ambientali. Il conducente deve, tuttavia, sorvegliare permanentemente il sistema ed essere in condizione di riprendere immediatamente il controllo del mezzo in qualsiasi momento.
4	Il veicolo è in grado di svolgere, su richiesta del conducente, tutte le funzioni critiche di sicurezza e di monitorare costantemente le condizioni della strada per l'intero viaggio, ma non in condizioni meteo estreme. In taluni casi il veicolo è in grado di muoversi anche senza la presenza di un conducente a bordo.
5	La tecnologia prevede che il possessore del veicolo si limiti ad indicare al sistema la destinazione, senza altro intervento in tutte le casistiche possibili.

Da molte parti l'avvento delle nuove tecnologie è acclamato come una vera e propria rivoluzione epocale, in grado di produrre una serie di benefici, dall'abbattimento delle emissioni inquinanti sino alla forte riduzione del numero dei sinistri atteso che, come si è avuto modo di accennare, la stragrande maggioranza di essi, attualmente, è riconducibile proprio all'errore umano imputabile al conducente.<sup>123</sup>

122. Il *cruise control* venne introdotto, originariamente, nel 1957 dalla Chrysler e fu il frutto dell'invenzione del 1945 dell'ingegnere Ralph Teetor, che era non vedente. Si tratta di un sistema che consente al conducente di preimpostare la velocità di crociera, dopodiché il sistema agisce in base alla scelta selezionata. Il *cruise control* adattivo ne costituisce l'evoluzione. Esso, in aggiunta al *cruise control*, regola in modo automatico la velocità del veicolo in modo tale da garantire la distanza di sicurezza, con l'impiego di un radar. Le forme di automazione (*Advanced Driver Assistance Systems – ADAS*) che sono già divenute obbligatorie in Europa (per l'omologazione dei veicoli dal 2022 e per le prime immatricolazioni dal luglio del 2024), per l'effetto del Regolamento (UE) 2019/2144 del 27 novembre 2019, oltre alla *intelligent speed assistance*, sono: la scatola nera, che registra la dinamica degli incidenti; l'*alcolock*, che impedisce l'avvio del motore laddove venisse rilevato il superamento del tasso alcolemico da parte del conducente; l'*emergency lane keeping assist*, che mantiene il veicolo all'interno della corsia di marcia; l'*autonomous emergency braking*, che prevede la frenata automatica di emergenza; il *driver monitor system*, che rileva l'eventuale stanchezza del conducente, avvisandolo.

123. Vd. K. FUNKHOUSER, *Paving the road ahead: autonomous vehicles, products liability, and the need for a new approach*, in *Utah Law Review*, 2013, 2, p. 437 ss.; A. THIERER, R. HAGEMANN, *Removing roadblocks to intelligent vehicles and driverless cars*, in *Wake Forest Journal of Law and Policy*, 2015, 1, p. 339 ss.; K. HANNA, *Old*

In ogni caso, si prevede che dovranno trascorrere molti anni ancora prima che veicoli altamente o completamente autonomi saranno disponibili sul mercato e, soprattutto, venduti a prezzi accessibili, in maniera tale da consentire un graduale rinnovamento del parco veicoli circolante.<sup>124</sup> Ad ogni modo, la prospettiva futura solleva problematiche di non poco momento, poiché essa, al netto dei dubbi che risiedono nel livello di sicurezza della circolazione attualmente effettivamente garantito dalla tecnologia,<sup>125</sup> pone in discussione il tradizionale approccio alla responsabilità da circolazione stradale, che è focalizzata sulla figura del conducente, mentre invece i veicoli a guida autonoma (*autonomous vehicles*, in sigla “AV”) ne colloca in primo piano altre, ovverosia quella del produttore dei veicoli e dell’*hardware*, dei programmatori dei *software*, dei soggetti competenti a rilasciare le autorizzazioni amministrative, dei gestori delle infrastrutture necessarie al corretto funzionamento del sistema di automazione, nonché della rete di vendita e di distribuzione dei veicoli stessi e dei soggetti, comunque, obbligati a fornire al pubblico le informazioni necessarie all’utilizzo in sicurezza dei mezzi di trasporto.<sup>126</sup>

Si tratta, allora, di prospettive che debbono raffrontarsi, innanzitutto, con le categorie della *product liability* (latamente intese) e, in particolare, con la responsabilità civile derivante dal vizio di fabbricazione, dai difetti di progettazione e dal *deficit* informativo, e, lato penale, con istituti che sono frutto di una lunga elaborazione ma che, nel contempo, potrebbero rilevarsi non pienamente adattabili, mentre sulla sponda del processo le difficoltà di individuazione della responsabilità potrebbero generare delle indesiderabili nicchie d’impunità.

*laws, new tricks: drunk driving and autonomous vehicles*, in *Jurimetrics*, 2015, 1, p. 200 ss.; B.I. SCHIMELMAN, *How to train a criminal: making a fully autonomous vehicles safe for humans*, in *Connecticut Law Review*, 2016, 2, p. 351 ss.; E.R. TEOH, D.G. KIDD, *Rage against the machine? Google’s self-driving cars versus human drivers*, in *Journal of Safety Research*, 2017, 1, p. 57 ss.; J.B. WOODS, *Vehicles and police de-escalation*, in *Northwest University Law Review*, 2019, 1, p. 74 ss.; M.M. MAYER E ALT., *Humans, machines, and double standards? The moral evaluation of the actions of autonomous vehicles, anthropomorphized autonomous vehicles, and human drivers in road-accident dilemmas*, in *Frontiers in Psychology*, 2023, 1, p. 1 ss.; W. JIE ALT., *Traffic accidents of autonomous vehicles based on knowledge mapping*, in *Journal of Traffic and Transportation Engineering*, 2023, 6, p. 1062 ss.; D. ALMASKATI E ALT., *Investigating the impacts of autonomous vehicles on crash severity and traffic safety*, in *Frontiers in Built Environment*, 2024, 3, p. 1 ss.

124. Sulla necessità di fornire adeguate informazioni ai consumatori in ordine agli elevati costi di “gestione” che dovranno essere sostenuti dai proprietari dei *self-driving vehicles*, vd. M. WILLIAMS, *Steering consumers toward driverless vehicles: a federal rebate program as a catalyst for early technology adoption*, in *Michigan Telecommunications & Technology Law Review*, 2017, 2, p. 327 ss.

125. Vd. H. SURDEN, M.A. WILLIAMS, *Technological opacity, predictability, and self-driving cars*, in *Cardozo Law Review*, 2016, 1, p. 121 ss.

126. Sullo “smarrimento” nell’approccio alla *tort liability* derivante dall’innovazione tecnologica in questo settore, vd. G.E. MARCHANT, R.A. LINDOR, *The coming collision between autonomous vehicles and the liability system*, in *Santa Clara Law Review*, 2012, 4, p. 1321 ss. Sulla “catena di responsabilità” vd. anche L. PICOTTI, *Profili di responsabilità penale per la circolazione di veicoli a guida autonoma*, in M. CATENACCI, V.N. D’ASCOLA, R. RAMPIONI (a cura di), *Studi in onore di Antonio Fiorella*, I, Roma, 2021, p. 813 ss., nonché, in precedenza, G. HALLEVY, *Unmanned Vehicles. Subordinatio to criminal law under the modern concept of criminal liability*, in *Journal of Law, Information and Science*, 2012, 1, p. 200 ss.

Non possono trascurarsi, altresì, i pericoli che connotano il sistema integrato che, per garantire la funzionalità di veicoli ad alta automazione, presuppone (oltre che un flusso di *input* e *output* sul quale potrebbero innestarsi condotte finalizzate ad abusare dei sistemi al fine di realizzare i più disparati illeciti)<sup>127</sup> la circolazione ed il trattamento di dati che attengono al singolo e che sono destinati a confluire e ad essere trasferiti ed impiegati in una logica di rete, tanto da sollevare questioni sul terreno della tutela della *privacy*.<sup>128</sup>

Si è dinnanzi a temi di notevole ampiezza, che non possono essere affrontati *ex professo* in questa sede; ci si limiterà, dunque, a sviluppare brevi cenni, focalizzando l'attenzione sugli aspetti che attengono alla responsabilità colposa correlata alla sicurezza della circolazione su strada dei *new generation vehicles*.

### 5.1. Lo stato attuale dell'evoluzione tecnologica ed il quadro regolatorio

La pandemia di COVID-19 ha rallentato lo sviluppo della tecnologia, per via della crisi che ha colpito le case automobilistiche anche se, dal 2021 al 2023, si sono registrati taluni progressi e, nel corrente anno, alcuni produttori hanno annunciato massicci investimenti nel settore. Al momento, in ogni caso, la tecnologia che risulta perfezionata è quella di *third level* della scala SAE.

127. Vd. G. GURNEY, *Driving into the unknown: examining the crossroads of criminal law and autonomous vehicles*, in *Wake Forest Journal of Law & Policy*, 2015, 2, p. 393 ss.; C. WING, *Better keep Your hands on the wheel in that autonomous car: examining society's need to navigate the cybersecurity roadblocks for intelligent vehicles*, in *Hofstra Law Review*, 2016, 2, p. 707 ss.; S.L. WENZEL, *Not even remotely liable: smart car hacking liability*, in *University of Illinois Journal of Law and Technology*, 2017, 1, p. 49 ss.; L. ALLISON, *You can't hack this: the regulatory future of cybersecurity in automobiles*, in *Journal of Technologies Law and Policy*, 2016, 1, p. 15 ss.; R.J. DUPLECHIN, *The emerging intersection of products liability, cybersecurity and autonomous vehicles*, in *Tennessee Law Review*, 2018, 3, p. 804 ss.; J.A. LEWIS, *National security implications of leadership in autonomous vehicles*, in *Center for Strategic and International Studies*, 2021, p. 1 ss.; D. WISHART, S. WEAVER, A. APULI, *Autonomous vehicles: What are your intentions?*, in *Transportation Research Part F: Traffic Psychology and Behaviour*, 2023, 3, p. 450 ss.

128. Su questo argomento, vd. M.C. GAETA, *La protezione dei dati personali nell'internet of things: l'esempio dei veicoli autonomi*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2018, 1, p. 147 ss. e ID., *The regulation of certain aspects of autonomous driving in the Italian legal system*, in *European Journal of Privacy Law & Technologies*, 2022, 1, p. 263 ss. Nella letteratura statunitense, solo per citare alcuni tra i contributi più significativi, vd. D.J. GLANCY, *Privacy in autonomous vehicles*, in *Santa Clara Law Review*, 2012, 4, p. 1171 ss.; A. JONES, *Autonomous Cars: navigating the patchwork of data privacy laws that could impact the industry*, in *Catholic University Journal of Law and Technology*, 2017, 1, p. 180 ss.; B.L. BOLLINGER, *The security and privacy in your car act: will it actually protect you?*, in *North Carolina Journal of Law & technology*, 2017, 1, p. 214 ss.; P.J. PEARAH, *Opening the door to self-driving cars: how will this change the rules of the road?*, in *High Technologies Law*, 2017, 1, p. 38 ss.; S. BOLLMAN, *Autonomous vehicles: a future fast approaching with no one behind the wheel*, in *Journal of Technologies Law and Policy*, 2020, 1, p. 1 ss.; M.L. KUBICA, *Autonomous vehicles and liability law*, in *The American Journal of Comparative Law*, 2022, supp. I, p. 39 ss.

Quanto alla normativa, negli *States*, la competenza in ordine alle autorizzazioni amministrative alla sperimentazione su strada dei veicoli a guida autonoma nonché alla loro immissione nel mercato è oggetto di un acceso dibattito, poiché a fronte delle rivendicazioni delle prerogative dei singoli Stati federati (mosse dall'esigenza di determinare a livello locale le regole di sicurezza sulla circolazione e, nel contempo, le strategie di politica economica) si avverte l'esigenza di un quadro normativo omogeneo, fissato a livello federale, onde consentire lo sviluppo tecnologico e la diffusione dei nuovi mezzi di trasporto, altrimenti fortemente condizionati da "barriere" alla circolazione tra Stato e Stato.

In questo quadro, *NHTSA*, agenzia federale, è intervenuta a più riprese nel settore:

- attraverso la *Federal automated vehicles policy*, pubblicando nel 2016 il documento *Automated driving systems: a vision for safety*, che prevede delle norme minime di sicurezza (ossia delle *best practices*);
- elaborando, nel 2020, il provvedimento *Automated vehicle transparency and engagement for safe testing*, che ha istituito un *data base* finalizzato a raccogliere informazioni sui test condotti sui sistemi di guida automatizzata/autonoma;
- emettendo un'ordinanza, nel 2021, che ha imposto ai produttori e agli operatori di sistemi di livello SAE 2, oltretutto a guida assistita, di segnalare gli incidenti all'agenzia.

In tale ambito si inseriscono anche:

- la guida *Preparing for the future of transportation: automated vehicles 3.0*, adottata dallo *U.S. Department of Transportation*, del 2018, con il supporto della stessa *NHTSA*, con cui si è posta in risalto l'esigenza di una collaborazione tra tutti gli attori del sistema al fine di garantire il progresso in sicurezza;
- *AV 4.0: Ensuring American leadership in automated vehicle technologies 2020*, con cui il *Department of Transportation* e la Casa Bianca hanno manifestato la volontà di rendere gli *States* il Paese leader nel mondo nel settore in disamina;
- altri atti normativi, adottati tanto a livello federale quanto dei singoli Stati, sul tema dell'intelligenza artificiale;
- provvedimenti, anche in questo caso emessi a più livelli, con i quali sono stati stanziati fondi per la ricerca nonché per lo sviluppo delle infrastrutture necessarie all'ingresso sul mercato degli *AV*.

In estrema sintesi, allo stato attuale, l'Agenzia *NHTSA* e il Governo federale fissano a livello generale i requisiti di sicurezza necessari all'omologazione e immatricolazione dei veicoli, mentre spetta ai singoli Stati il potere di legiferare in materia nel rispetto dei vincoli minimi fissati a livello federale. Giocoforza, l'autonomia legislativa ha avuto l'effetto di generare un quadro alquanto frammentario: i singoli Stati hanno compiuto scelte assai variegate, introducendo a sistema previsioni che attengono alla sperimentazione su strada degli *AV*, all'immissione sul mercato dei mezzi *self-driving*, alla responsabilità dei produttori e dei proprietari/conducenti dei veicoli, agli obblighi assicurativi, e così via.<sup>129</sup>

129. La *National Conference of States Legislature – NCSL* ha predisposto, sul proprio sito *web*, un *data base* completo, ove è possibile consultare, *State by State*, l'assetto normativo attuale e le evoluzioni nel settore.

Al momento, soltanto *Mercedes-Benz*, comunque, ha lanciato sul mercato statunitense veicoli con autonomia di livello 3, dotati cioè di tecnologia che consente, come si è già esposto, al veicolo di procedere, al ricorrere di determinate condizioni, in maniera autonoma, come si è già riferito, sotto la sorveglianza del conducente. Le autorizzazioni all'immatricolazione di tali veicoli sono state però rilasciate solo in California ed in Nevada.<sup>130</sup>

Quanto al panorama italiano, ad oggi l'Italia autorizza solo la certificazione dei veicoli fino al livello SAE 2 (in base al c.d. "Decreto *smart road*" del 28 febbraio 2018, adottato dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti) e, nel 2022, è stato ratificato l'articolo 34-bis della Convenzione di Vienna, che prevede che "il requisito che ogni veicolo... in movimento deve avere un conducente è considerato soddisfatto quando il veicolo utilizza un sistema di guida autonoma", purché esso sia "conforme a regolamentazioni tecniche nazionali".

Sicché, spetterà al legislatore italiano la prerogativa di fissare le norme tecniche e di sicurezza finalizzate ad autorizzare la vendita e la circolazione di veicoli a guida autonoma di nuova generazione; il che, oltre a richiedere importanti investimenti sulle infrastrutture, porrà il problema di adattamento e coordinamento della normativa interna con quella europea e con la necessità di garantire la libera circolazione *transborder* dei veicoli a guida autonoma.<sup>131</sup>

Le previsioni di *S&P Global Mobility* del mese di settembre 2024 descrivono, in ogni caso, una crescita lenta negli Stati Uniti delle vendite di veicoli autonomi (di livello superiore a 2 nella scala SAE), mentre si pronostica che nel 2034 il numero dei veicoli leggeri autonomi (dal livello 4 SAE) negli *States* sarà pari a circa 230.000 unità, coprendo, così, soltanto una quota inferiore all'1,5% del mercato, mentre per l'Europa si preannuncia che nel 2034 le unità vendute saranno pari a circa 37.000 unità soltanto.<sup>132</sup>

130. D. GLUCKMAN, *What you need to know about level 3 autonomy*, in [www.capitalone.com](http://www.capitalone.com), 21 giugno 2024.

131. In argomento, vd. D. CERINI, *Dal decreto "Smart Roads" in avanti: ridisegnare responsabilità e soluzioni assicurative*, in *Danno e responsabilità*, 2018, 4, p. 401 ss.; S. PELLEGGATTA, *L'impatto del decreto "Smart Roads" sulle regole della circolazione stradale e assicurazione obbligatoria: verso un ecosistema normativo di infrastrutture e veicoli intelligenti*, in *Diritto del mercato assicurativo e finanziario*, 2019, 1, p. 239 ss.; M.G. LOSANO, *Verso l'auto a guida autonoma in Italia*, in *Il Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, 2019, 2, p. 432 ss.; G. BENELLI, *Auto a guida autonoma: profili di responsabilità civile e prospettive di riforma*, in *Diritto dei Trasporti*, 2019, 2, p. 351 ss.; F. SALERNO, *L'automazione nel trasporto stradale, ferroviario e multimodale*, in *Rivista del Diritto della Navigazione*, 2020, 1, p. 95 ss.; S. PELLEGGATTA, *Smart Cars and smart roads: the Italian way for the new mobility test phase*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, 2022, 1, p. 129 ss.; I. FERRARI, *Future mobility on the Old Continent. The latest regulatory updates for autonomous vehicles*, in *The Cardozo Electronic Law Bulletin*, 2024, 1, p. 1 ss.; L. STRAZZERA, *Veicoli autonomi e responsabilità civile: una prospettiva funzionale, intenzionale e cibernetica*, in *Jus Civile*, 2024, 2, p. 384 ss. Per una ricostruzione del quadro normativo, vd. anche R. COMPOSTELLA, *Auto a guida autonoma e diritto penale*, Napoli, 2024, p. 20-30.

132. Del resto, siffatto vantaggio degli Stati Uniti sul cammino dell'evoluzione tecnologica è determinato dal fatto che gli ordinamenti giuridici d'oltreoceano, contrariamente a quelli europei, come risaputo, non si reggono sul principio di precauzione.

## 5.2. I veicoli a guida autonoma e la product liability

Quanto alla responsabilità da prodotto, limitando l'indagine in questa sede al contesto statunitense, si può osservare che secondo alcuni studiosi essa già ben si adatterebbe agli *autonomous vehicles*,<sup>133</sup> la disciplina è stata fortemente influenzata dalla *law in action*, ovverosia dalla creazione giurisprudenziale delle *rules of liability*, che poi ha ispirato le scelte normative attuate dai singoli Stati americani, così come un ruolo-guida hanno assunto, nel tempo, le elaborazioni dell'*American Law Institute*, attraverso i *restatements of torts*, tra cui il terzo, che risale all'anno 1998, che si è incentrato proprio sulla *product liability*.

Quest'ultima si fonda su difetto di progettazione, vizi della produzione, difetto informativo, la *breach of warranty* e, infine, la falsa rappresentazione sulle caratteristiche del prodotto e coinvolge, a più livelli, vari soggetti, dal produttore fino a giungere alla rete di distribuzione.

Volendo, in questa sede, sintetizzare un tema altrimenti ampissimo, si può osservare che:

- la responsabilità del produttore presenta caratteri analoghi nella proiezione del danno cagionato al consumatore/acquirente/fruttore del prodotto (ossia della *contract liability*) e di quello provocato a terzi (*id est* nel prisma *extra-contrattuale*);
- dal punto di vista causale, la *product liability* si basa sulla *proof by a preponderance of evidence*;
- l'ipotesi della colpa del consumatore concorrente con quella del produttore talora è governata, in ottica risarcitoria, da regole comuni, sopra descritte, mentre in alcuni ordinamenti statunitensi è oggetto di previsioni statutarie *ad hoc*, derogatorie rispetto alla disciplina generale;
- dal punto di vista soggettivo, a seguito della pronuncia della Corte suprema della California sul caso *Greenman v Yuba Power Products, Inc.*, 59 Cal. 2d 57 (1963), si è affermata nei sistemi giuridici statunitensi la *strict liability*, nel senso che ai fini dell'attribuzione della responsabilità risarcitoria non è richiesta la prova della *negligence*. Talché, in sostanza, il *plaintiff* ha l'onere di dimostrare in giudizio la sussistenza del difetto, del danno (verificatosi in costanza di un uso corretto, "secondo istruzioni", del prodotto) e del nesso causale tra tali elementi;<sup>134</sup>
- nelle ipotesi in cui il prodotto non mostri un'intrinseca ed elevata pericolosità (*ex se* o per l'uso cui potrebbe essere ragionevolmente destinato dal consumatore), conosciuta o conoscibile dal produttore, costituisce elemento che esime quest'ultimo dalla *civil liability* la dimostrazione

133. Vd. M.A. GEISTFELD, *A roadmap for autonomous vehicles: State tort liability, automobile insurance and federal safety regulation*, in *California Law Review*, 2017, 4, p. 1161 ss. Analogamente, ha sostenuto la capacità di adattamento del sistema vigente K.C. WEBB, *Products liability and autonomous vehicles: who's driving whom?*, in *Richmond Journal of Law and Technology*, 2016, 4, p. 1 ss. (in questo saggio, l'Autore espone, altresì, in maniera ampia, i termini del dibattito).

134. Su questi temi vd., W.W. FAULK, *Recent developments in products liability law in Pennsylvania*, in *Villanova Law Review*, 1969, 4, p. 747 ss.; S.F. ROSSMAN, J.S. BRAMNICK, *The crashworthiness doctrine*, in *University of Miami Law Review*, 1974, 1, p. 70 ss.; J.A. HENDERSON JR., A.D. TWERSKI, D.A. KISAR, *Product liability. Problems and process*, Frederick, 2016. Nella letteratura nostrana, vd. E. AL MAUREN, *Il danno da prodotto conforme*, Torino, 2016, spec. 95 ss.

che il prodotto stesso sia stato realizzato secondo *best available standards*, ovvero sia che esso sia stato progettato, realizzato e messo in commercio conformemente alle regole vigenti e in osservanza di quelle derivanti dalle migliori conoscenze tecniche disponibili;

- il risarcimento è di natura compensativa, mentre i *punitive damages*, anche in questo ambito, sono accordati solo in casi estremi, allorquando, in genere, venga dimostrata la consapevolezza in capo al soggetto responsabile del *defect* del prodotto messo in commercio.

Si deve osservare che, fino ad oggi, la giurisprudenza americana ha mostrato orientamenti alquanto restrittivi in ordine alla risarcibilità di danni derivanti da “*ancillary tools*”, ovvero sia nel caso di difetti che attengono a semplici strumenti di supporto alla guida, come ad esempio il GPS, facendo leva sulla dominabilità del veicolo da parte del conducente.<sup>135</sup>

La casistica statunitense (a differenza di quella italiana, atteso che nei repertori non si rintracciano precedenti, perlomeno con riferimento a quelli delle corti superiori) è costellata, per altro verso, da un numero significativo di precedenti relativi alla responsabilità da *vehicular accident* in merito al sistema *cruise control*, ovvero sia alla tecnologia di *level 1* della scala SAE; si tratta di un contenzioso in cui le corti hanno applicato i principi generali che regolano tradizionalmente la *product liability*.<sup>136</sup>

Quanto ai veicoli con tecnologie più avanzate e livelli di autonomia più ampia, si può riferire che, per quanto riferito dal *New York Times* l’8 aprile 2024, nell’articolo dal titolo “*Tesla settles lawsuit over a fatal crash involving Autopilot*”, il noto produttore ha raggiunto un accordo transattivo con la famiglia di un proprietario di un autoveicolo che, a quanto pare, confidando nella tecnologia di cui era dotata la propria vettura, si era distratto dalla guida, incorrendo in un terribile incidente, che gli è costato la vita.

Fatto è che alcuni produttori hanno dichiarato, per l’appunto, di voler assumere ampia responsabilità civile-patrimoniale derivante dalla circolazione sul territorio americano di *autonomous vehicles*, garantendo una copertura per i danni subiti dal proprietario-conducente, dai trasportati nonché per quelli eventualmente patiti da terzi; ciò, chiaramente, al fine di rassicurare i decisori pubblici (nella prospettiva delle future iniziative legislative e del rilascio delle autorizzazioni amministrative) e i consumatori rispetto ai dubbi promananti dalla rischiosità delle nuove tecnologie. Si profila, allora, un quadro magmatico e oltremodo complicato, che fa registrare, tanto negli *States* quanto nel nostro Paese, una vasta serie di opinioni differenziate tra gli studiosi della materia, nonché variegate proposte legislative che attengono (oltre alla definizione del quadro regolatorio attinente agli *standard* di sicurezza nella produzione, nonché di quelli da attuarsi nella fase di vendita e post-vendita) alla revisione dei codici stradali; alla riforma della *tort law* (ispirate da visioni contrapposte, poiché vi è chi sostiene la necessità di una forte limitazione della responsabilità del produttore – *lato sensu* inteso – e chi, invece, rileva l’opportunità di ribaltare su tali

135. Vd. C.W. WESTBROOK, *The Google made me do it: the complexity of criminal liability in the age of autonomous vehicles*, in *Michigan State Law Review*, 2017, 1, p. 97 ss.

136. Vd. S.S. WU, *Product liability issues in the U.S. and associated risk management*, in M. Maurer (a cura di), *Autonomous driving*, Berlin – Heidelberg, 2016, p. 553 ss.

soggetti i “costi della modernità”); alla disciplina delle assicurazioni private, tra cui quelle per cui occorrerebbe imporre ai proprietari di veicoli a guida autonoma la stipula di contratti assicurativi a copertura dei danni, anche quelli subiti dagli occupanti del mezzo, con massimali particolarmente elevati e dotati di clausole informate alla logica del *no-fault*; alla redistribuzione degli elevati costi correlati alla realizzazione delle infrastrutture indispensabili a consentire la circolazione degli *autonomous vehicles*.

### 5.3. Gli autonomous vehicles e la responsabilità penale

In merito alla responsabilità penale da prodotto difettoso, su cui si sono formate raffinate ricostruzioni dottrinali, accompagnate da profonde riflessioni di politica criminale,<sup>137</sup> si deve osservare che i repertori giurisprudenziali, tanto quelli nostrani quanto quelli d’oltreoceano, sono particolarmente avari di precedenti, specie nel contesto delle moderne tecnologie costruttive dei veicoli stradali.

L’evoluzione nel settore, che è segnata dagli sviluppi e dalla diffusione dell’intelligenza artificiale<sup>138</sup> (che rappresenta il nucleo dei sistemi di guida autonoma), pone però dinnanzi ai *policy makers*, alla dottrina e alla giurisprudenza frontiere nuove e dalla fisionomia cangiante, in ragione della necessità di tutelare interessi giuridicamente “consolidati” dinnanzi ai nuovi rischi della modernità.

Nella proiezione della valutazione dell’adeguatezza del sistema e dei nuovi interventi rispetto alle innovazioni tecnologiche, i legislatori dovranno, peraltro, risolvere un dilemma a monte, ovvero se puntare sullo strumentario penale oppure su alternative, *id est* sul diritto civile e/o amministrativo.<sup>139</sup>

Nell’ottica penalistica, laddove si ritenesse irrinunciabile il ricorso allo *ius criminale*, la verifica preliminare della tenuta degli istituti già esistenti, nonché la valutazione della necessità ed attuabilità di un adattamento interpretativo delle categorie o, ancora, dell’introduzione di *nova*, volti a colmare vuoti di disciplina, assumono, chiaramente, una dimensione del tutto peculiare.

137. Soprattutto nella dottrina italiana. Vd., per tutti, C. PIERGALLINI, *Danno da prodotto e responsabilità penale. Profili dommatici e politico-criminali*, Milano, 2004. Nella letteratura americana, vd. M.E. WHEELER, *Product liability, civil or criminal*, in *The Forum*, 1981, 2, p. 250 ss.; F.J. VANDALL, *The criminalization of products liability: an invitation to political abuse, preemption, and non-enforcement*, in *Catholic University Law Review*, 2008, 2, p. 341 ss.

138. Su cui si è incentrato il Congresso quinquennale dell’*Association Internationale de Droit Pénal – AIDP* nel giugno 2024, su cui vd. L. PICOTTI, *Intelligenza artificiale e diritto penale: le sfide ad alcune categorie tradizionali*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2024, 3, p. 293 ss., nonché ID., *Categorie tradizionali del diritto penale e intelligenza artificiale: crisi o palingenesi?*, in [www.sistemapenale.it](http://www.sistemapenale.it), 31 luglio 2024.

139. In argomento, vd. M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale*, Torino, 2023, il quale addirittura propone una limitazione della responsabilità colposa da circolazione di veicoli di nuova generazione attraverso il ricorso alla *gross negligence*.

Ciò stante la necessità del rispetto dello statuto delle garanzie caratteristiche e, *in primis*, dei principi di legalità e di colpevolezza, ma anche in ragione del fatto che le future, eventuali, scelte di politica criminale, in questo settore, si rivelano condizionate da un delicato bilanciamento tra l'esigenza di tutela di diritti fondamentali attraverso un severo avamposto e quella di garantire il progresso tecnologico che, a sua volta, si propone di ridurre il rischio di lesione per siffatti valori, pur recandone nuove, potenziali fonti.<sup>140</sup>

Allo stesso tempo, la rapida evoluzione tecnologica fa prospettare l'esigenza di un altrettanto rapido adattamento della normativa di settore, che implica giocoforza il frequente ricorso a strumenti di *soft law*, che a sua volta reca con sé le ben note perplessità legate al ruolo di fonti diverse dalla legge ordinaria.<sup>141</sup>

Si tratta, in ogni caso, di passaggi indispensabili ai fini dell'istituzione di un quadro regolatorio adeguato, volto a definire con esattezza le condizioni cui deve ritenersi legittima l'immissione sul mercato e, più a monte, la sperimentazione tecnologica (*id est*, la perimetrazione del rischio).<sup>142</sup> Poste le evidenti difficoltà che risiedono, già sul piano logico, nell'eventuale attribuzione di una responsabilità alla macchina,<sup>143</sup> la complessità dei sistemi in cui si collocano l'intelligenza artificiale e l'automazione solleva, come già si è accennato, problemi sul fronte del processo e della valutazione di adeguatezza dei sistemi attualmente vigenti rispetto all'esigenza di individuazione del "colpevole umano".<sup>144</sup>

140. Su questi temi "classici" della responsabilità da prodotto e da attività produttiva, vd. S. ZIRULIA, *Esposizione a sostanze tossiche e responsabilità penale*, Milano, 2018.

141. In argomento, vd. V. MANES, *L'eterointegrazione della fattispecie penale mediante fonti subordinate, tra riserva "politica" e specificazione tecnica*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2010, 1, p. 84 ss.; C. CUPELLI, *La legalità delegata*, Napoli, 2012.

142. Su questo tema, vd. S.A. BEIKER, *Legal aspects of autonomous driving*, in *Santa Clara Law Review*, 2012, 4, p. 1145 ss.; F. DOUMA, S.A. PALODICHUK, *Criminal liability issues created by autonomous vehicles*, *loc. ult. cit.*, p. 1157 ss.; E. ARENTZ, *Driving miss lazy: autonomous vehicles, industry and the law*, in *Ohio State Business Law Journal*, 2018, 2, p. 221 ss.; J.D. BORNEMAN, *Let's get this show on the road: driverless cars have arrived and it's time to advance the regulatory framework*, in *Catholic University Journal of Law and Technology*, 2019, 1, p. 51 ss.; A. DEARMAN, *4 The wild, wild West: a case study of self-driving vehicle testing in Arizona*, in *Arizona Law Review*, 2019, 4, p. 983 ss.; S.A. MATHEWS, *When rubber meets the road. Balancing innovation and public safety in the regulation of self-driving cars*, in *Boston College Law Review*, 2020, 1, p. 295 ss.; M.L. ROTH, *Regulating the future: autonomous vehicles and the role of Government*, in *Iowa Law Review*, 2020, 4, p. 1412 ss.

143. In argomento, vd. R. BORSARI, *Intelligenza artificiale e responsabilità penale: prime considerazioni*, in *Media-Laws*, 2019, 3, p. 262 ss.; M.B. MAGRO, *Robot, cyborg e intelligenze artificiali*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Cybercrime*, Torino, 2019, p. 1180 ss. (spec. 1206 ss.); C. PIERGALLINI, *Intelligenza artificiale: da "mezzo" ad "autore" del reato?*, in R. ACQUAROLI, E. FRONZA, A. GAMBERINI (a cura di), *La giustizia penale tra ragione e prevaricazione*, Roma, 2021, p. 235 ss.; I. SALVADORI, *Agenti artificiali, opacità tecnologica e distribuzione della responsabilità penale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2021, 1, p. 83 ss. Nella dottrina statunitense, vd. S. GLESS, E. SILVERMAN, T. WEIGEND, *If robots cause harm, who is to blame? Self-driving cars and criminal liability*, in *New Criminal Law Review*, 2016, 3, p. 412 ss.

144. Sulla prospettiva del "responsability gap" correlato alla diffusione dell'intelligenza artificiale, vd. A. CAPPELLINI, *Reati colposi e tecnologie dell'intelligenza artificiale*, in G. BALBI, F. DE SIMONE, A. ESPOSITO, S. MANACORDA (a cura di), *Diritto penale e intelligenza artificiale*, Torino, 2022, p. 19 ss.

Le sfide future, sul fronte penale, sembrano essere rappresentate soprattutto dall'approccio ai danni provocati dalla circolazione di veicoli di nuova generazione, a carico degli utilizzatori dei mezzi e della collettività, che si appalesa diversamente condizionato proprio dal grado di automazione e dal ruolo dell'intelligenza artificiale rispetto a quello rivestito dal proprietario/conducente del veicolo.

Per quanto riportato da *Fox10 Phoenix* sul proprio sito *web*, il 31 luglio 2023, ha patteggiato la pena per omicidio colposo l'autista di un veicolo dotato di tecnologia *Uber*, a guida automatizzata di livello *SAE 3*, che era in fase di sperimentazione su strada, il quale aveva provocato la morte di una donna, investita allorquando essa stava attraversando la strada in bicicletta al di fuori delle strisce pedonali, mentre il conducente era intento a guardare il proprio telefono cellulare.

Tali eventi evocano, allora, categorie quali l'affidamento che, però, ha mostrato sinora, tanto in Italia quanto negli *States*, una scarsissima penetrazione, nel senso che davvero rari si rivelano i casi in cui la giurisprudenza – a fronte del silenzio dei legislatori – ha impiegato il suddetto paradigma in chiave esimente, laddove, invece, le nuove tecnologie sembrano imporre una nuova grammatica, in termini di maggiore valorizzazione, a favore dell'utilizzatore, della fiducia riposta nelle capacità/funzioni della macchina, specie in correlazione con lo "smarrimento" e con i disallineamenti informativi (oltre che normativi) che sono destinati a connotare la fase di *start-up* dei veicoli, specie quelli dotati di strumenti avanzati di assistenza alla guida ma non pienamente autonomi.

In questo articolato panorama, non può tacersi il ruolo che sarà chiamata a svolgere la responsabilità dell'ente da reato che, in Italia, potrebbe divenire oggetto dell'agenda politica già a partire dall'estensione del catalogo dei reati "presupposto".

La responsabilizzazione della persona giuridica potrebbe, allora, costituire uno strumento utile a promuovere la prevenzione del rischio<sup>145</sup> e, nel contempo, per non lasciare impuniti gli eventi lesivi generati dalla circolazione dei veicoli di nuova generazione nel caso di politiche d'impresa tese ad impedire l'identificazione dei responsabili-persone fisiche degli illeciti colposi.<sup>146</sup>

145. Sulla prospettiva della prevenzione dell'illecito correlata alla responsabilità dell'ente da reato vd., *ex multis*, M.N. MASULLO, *Colpa penale e precauzione nel segno della complessità: teoria e prassi nella responsabilità dell'individuo e dell'ente*, Napoli, 2012; T. GUERINI, *Diritto penale ed enti collettivi. L'estensione della soggettività penale tra repressione, prevenzione e governo dell'economia*, Torino, 2018; A. FIORELLA, N. SELVAGGI, *Dal giusto all'utile. Il futuro dell'illecito dell'ente da reato nello "spazio globale"*, Torino, 2018. Per una più recente impostazione, che sottolinea la proiezione anche "rieducativa" dell'apparato sanzionatorio, vd. A.M. MAUGERI, *La funzione rieducativa della sanzione nel sistema della responsabilità amministrativa da reato degli enti ex d.lgs. n. 231/2001*, Torino, 2022.

146. Sulla responsabilità penale correlata alla circolazione di veicoli automatici/autonomi, vd., nella letteratura italiana, A. ANTONINI, *Discussione sugli aspetti penalistici della circolazione stradale con veicoli autonomi*, in *Dir. Trasp.*, 2019, 2, p. 337 ss.; M. LANZI, *Self-driving cars e responsabilità penale*, op. cit.

Quanto agli Stati Uniti d’America, è risaputo che la responsabilità dell’ente collettivo si fonda sulla *vicarious liability*,<sup>147</sup> sulla logica del *respondeat superior*<sup>148</sup> e della *collective knowledge doctrine*<sup>149</sup> che, in estrema sintesi, convergono in una forma di responsabilità oggettiva (*strict liability*) ma anche che, di massima, essa non è ritenuta estensibile, in via interpretativa, a reati che presuppongono la *mens rea* (dolo e colpa), come, per l’appunto, l’omicidio o le lesioni personali.<sup>150</sup>

Tanto è vero che tale ipotesi è stata negata in *State v Ford Motor Co.*, No. 5324 (Indiana Super. Ct., Sept. 13, 1978), ovvero sia in un caso “*monstre*” di responsabilità da prodotto difettoso (perché generato da comportamenti con caratteri tali da richiamare addirittura il *dolus eventualis*), derivante dalla messa in commercio dell’automobile “Pinto”.

Sul piano del diritto penale sostanziale vigente, in conclusione, forse proprio questo ambito sembra, allora, quello più bisognoso, in prospettiva *de lege ferenda*, di un intervento normativo idoneo a adattarlo al rinnovato contesto.

## 6. Conclusioni

Quanto alle scelte di politica criminale attuate dai vari legislatori statunitensi, in questa sede si è descritto un panorama caratterizzato da alcune costanti e da talune rilevanti difformità. Sotto il primo profilo, si è sottolineato come i legislatori americani – contrariamente a quello italiano – abbiano fatto ampio ricorso allo strumentario penalistico per contrastare illeciti talora bagatellari, consistenti in mere infrazioni di regole sulla circolazione, che si affiancano a fattispecie di pericolo, tra cui la c.d. “guida spericolata”.

Siffatta ipotesi s’inserisce in un quadro alquanto articolato e caotico, costituito da norme di contrasto di condotte anche solo presuntivamente rischiose, ovvero sia quelle che puniscono la guida in stato di alterazione; si tratta di un ambito che risulta ispirato, nel complesso, alla logica del *tough on crime*, in minima misura bilanciato dal ricorso alla *restorative justice*.

147. Su questo concetto, vd. V. MONGILLO, *La responsabilità penale tra individuo ed ente collettivo*, Torino, 2017, p. 312 ss.

1418. Per la quale l’ente può essere ritenuto responsabile per gli atti illeciti compiuti da un suo agente o dipendente, purché questi siano stati realizzati da tali soggetti nell’esercizio delle funzioni rivestite all’interno della *corporation* e siano assistiti dall’intento di beneficiare, anche in parte, l’ente stesso.

149. Per cui le conoscenze dei singoli dipendenti di un ente costituiscono elemento per dimostrare che la *corporation*, nel suo complesso, “era a conoscenza” dell’attività illecita, anche se nessun singolo individuo appartenente all’organigramma abbia consapevolezza di tutti gli elementi che compongono l’illecito.

150. Vd. S. FIELD, L. JONES, *When business kills: the emerging crime of corporate manslaughter*, New York, 2017; S. BITTLE, *In the land of corporate impunity: corporate killing law in the United States*, in *Journal of White Collar and Corporate Crime*, 2020, 2, p. 131 ss. Su questi temi, nella letteratura nostrana, vd. G. De SIMONE, *Profili di diritto comparato*, in G. LATTANZI, P. SEVERINO (a cura di), *Responsabilità da reato degli enti, I, diritto sostanziale*, Torino, 2020, p. 4 ss. Più ampiamente, vd. C. DE MAGLIE, *L’etica e il mercato. La responsabilità penale delle società*, Milano, 2002, p. 12 ss.

Quest'ultima è apparsa idonea ad innescare un percorso virtuoso, soprattutto per i *first offenders*, laddove l'impatto di siffatte pratiche si rileva, invece, un placebo per i *continuing offenders*, alla luce del trattamento sanzionatorio oltremodo severo che le leggi degli Stati federati accordano a tali soggetti, specie laddove questi risultassero autori di comportamenti *contra ius* da cui derivassero conseguenze lesive gravi a carico di terzi.

Un elemento di diversità si riscontra, invece, per via dell'aggancio del *vehicular manslaughter* a stati soggettivi diversi e, in particolare, a *simple negligence*, *gross negligence* e *recklessness*.

Su questo tema occorre aggiungere che dalle analisi statistiche condotte nel settore da *Insurance Institute for Highway Safety (IIHS)*, autorevole organizzazione scientifica indipendente no profit, riportate nel documento *Fatality Facts 2022 State by State* (reperibile sul sito internet dell'ente), che si riferiscono agli incidenti con esiti mortali occorsi negli *States*, emerge un dato alquanto significativo: gli Stati in cui si registrano i più alti tassi di sinistri con esiti letali per 100.000 abitanti sono quelli in cui il *vehicular manslaughter* s'integra al ricorrere della *gross negligence* o, addirittura, della *recklessness*: Mississippi (23,9), Wyoming (23), New Mexico (22,1), Arkansas (21,1), South Carolina (20,7), Louisiana (19,7), Alabama (19,5), Montana (19) e Tennessee (18,6). Talché, si è dinanzi a frequenze ben superiori a quelle nostrane (13 vittime ogni 100.000 abitanti), ove l'omicidio stradale è punibile al ricorrere anche di colpa lieve.

Il più limitato ruolo preventivo del diritto penale rappresenta, allora, forse soltanto uno dei fattori determinanti siffatti risultati; fatto è, però, che l'idea di restringere il raggio d'operatività del diritto penale statunitense in questo settore (seppur contraddistinto dalla *overcriminalization* e dall'*harsh treatment*), e, per quanto riguarda l'Italia, di importare il paradigma della colpa grave, come limite all'intervento penale, oltre a risultare ipotesi che difficilmente la politica intenderebbe prendere in seria considerazione, dovrebbe essere attentamente vagliata dagli studiosi della materia, in chiave d'opportunità, anche a fronte del quadro sopra descritto.

In ogni caso, al fine di ricondurre il sistema a razionalità, non sembra che gli interventi da parte dei decisori pubblici debbano concentrarsi sul diritto penale, poiché il cambio di rotta dovrebbe essere determinato, piuttosto, attraverso linee di intervento rappresentate da:

- un maggior impegno da parte delle istituzioni nella promozione della cultura della legalità e dell'educazione stradale, nonché nella sensibilizzazione della collettività rispetto alle conseguenze promananti dalla violazione delle norme sulla sicurezza stradale e, in particolar modo, dalla guida in stato di alterazione, attraverso una seria revisione dei programmi scolastici e con massicce campagne di informazione, anche sfruttando i *mass media* e i *social network*;
- l'aumento dei controlli da parte delle forze dell'ordine sulla circolazione, con programmi d'azione strutturati sulla base di un costante riferimento e aggiornamento dei dati relativi alle fonti di rischio che, perlomeno in Italia, dovrebbero essere oggetto di analisi statistiche e studi più estesi ed approfonditi;
- scelte politico/normative che conducano ad una rapida eliminazione dal parco circolante dei veicoli di "vecchia generazione", privi dei *devices* di sicurezza minimi o, comunque, che impongano l'installazione di dispositivi atti ad innalzare la sicurezza, che sono già disponibili

sul mercato, oltre che il depotenziamento della velocità massima raggiungibile dai veicoli a motore già omologati.

In merito agli *autonomous vehicles*, si tratta di una delle più interessanti prospettive future nel contesto dei trasporti, tale da costituire una significativa sfida per i legislatori, così come per gli interpreti del diritto, oltre che per la scienza.

In disparte dai numerosi profili di rischio correlati ad abusi dei sistemi/infrastrutture, che si potrebbero prestare alle più disparate fenomenologie di illecito, in questa sede l'attenzione si è concentrata sui profili che attengono alla sicurezza della circolazione e alla responsabilità colposa derivante dai sinistri stradali, essendosi rimarcato come la progressiva automatizzazione delle modalità di guida condurrà, giocoforza, alla perdita di centralità della figura del conducente del mezzo che, invece, attualmente rappresenta pressoché assoluto protagonista del contenzioso.

L'orizzonte fa presagire, in proposito, la fruibilità di "classiche" figure incriminatrici d'evento e, in particolare, di omicidio e lesioni colpose, anche se l'asse sembrerebbe destinato a sportarsi, per l'appunto, dal conducente ad altri soggetti e, dunque, al produttore o altri soggetti comunque gravati da posizioni di garanzia che s'innesteranno sull'articolato *framework* che sottende alla circolazione degli AV.

In questa prospettiva, però, occorrerebbe tenere in considerazione, come accennato, correttivi alla disciplina della responsabilità dell'ente da reato, attraverso un ampliamento del catalogo dei reati "presupposto"; siffatte iniziative potrebbero essere affiancate, altresì, in Italia, dall'introduzione di specifiche figure incriminatrici colpose correlate all'incolumità pubblica, di pericolo e di danno.

Fatto è che, come molti hanno già rilevato,<sup>151</sup> la modernità è destinata a generare un ineluttabile *liability gap*: allorquando si giungerà alla diffusione di veicoli pienamente autonomi, la responsabilità dei conducenti per eventi lesivi a carico di terze persone diverrà ipotesi alquanto rara e relegata a circostanze *monstre*, così come quella del produttore (*lato sensu* inteso) il quale, attendendosi alle *best available techniques*, non potrà essere destinatario di rimprovero, né attraverso lo strumentario penale né mediante il ricorso al diritto amministrativo "punitivo" (così come pure difficilmente percorribile appare la via civilistica del risarcimento *sine culpa*).

Si discute, in definitiva, di *collateral effects*, dei risultati del progresso, che importerà la riduzione statistica del rischio e degli eventi lesivi mietendo delle vittime in carne ed ossa. *Nihil sub sole novum*, a ben considerare. Ciò però non esime affatto i *policy makers* dall'obbligo di attuare opzioni razionali, attraverso interventi mirati che, previa compiuta definizione degli *standard* di sicurezza e delle sfere di competenza di tutti gli attori del complesso sistema, possano garantire l'evoluzione tecnologica e la sua diffusione ma anche la punizione dei soggetti autori/responsabili di condotte disallineate rispetto a quelle cui sono tenuti ed il giusto indennizzo per coloro che dovessero risultare danneggiati dal progresso stesso.

151. A. CAPPELLINI, *Profili penalistici delle self-driving cars*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 2019, 2, p. 323 ss.

In questa direzione, sembra, allora, necessario introdurre strumenti quali un fondo che possa intervenire per erogare i risarcimenti in favore delle vittime, che potrebbe essere alimentato con risorse pubbliche ma anche attraverso quelle provenienti dalle imprese produttrici attive nel settore e/o dalle compagnie assicurative.

Insomma, il diritto penale è e resta uno strumento indispensabile, ma non certo l'unico e forse neppure quello più importante tra quelli disponibili...

## Il ricorso all'in house providing nel trasporto pubblico locale tra novità legislative e giurisprudenziali\*

Francesco Tomasicchio

Dottorando presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Roma "La Sapienza"

### Abstract

*The use of in-house providing in local public transport between legislative and jurisprudential novelties.*

*In this paper, an attempt is made to briefly reconstruct the Italian regulatory evolution of the local public transport sector, particularly dwelling on the problem concerning the different management models. The Italian regulatory environment has long been characterized by an oscillating propensity of the legislature, depending on historical periods, between in-house entrustment and recourse to the market. As is well known, the process of European integration has also exposed local public services of general interest to the dynamics of the market and free competition, reducing the margin of operation of Administrations and the relative power to self-produce and self-organize these services. Local public transport, however, has always been an exception, including for the European legislature, which seems to have partly disappeared following the adoption by the Italian legislature of Legislative Decree No. 201 of December 23, 2022. However, at the same time, the legislature and case law have definitively equalized the management models, recognizing the instrument of in-house providing as ordinary with consequences that we will try to illustrate.*

*In questo lavoro si cerca di ricostruire brevemente l'evoluzione normativa italiana concernente il settore del trasporto pubblico locale, soffermandosi in particolare sul problema dei diversi modelli di gestione. Il contesto normativo italiano è stato a lungo caratterizzato da una propensione oscillante del legislatore, a seconda dei periodi storici, tra l'affidamento in house e il ricorso al mercato. Come è noto, il processo di integrazione europea ha esposto anche i servizi pubblici locali di interesse*

\* Sottoposto a referaggio.

generale alle dinamiche del mercato e della libera concorrenza, riducendo il margine di operatività della pubblica Amministrazione.

Tuttavia, il settore del *tpl* ha rappresentato sovente un'eccezione all'obbligo di esternalizzazione dei servizi anche per il legislatore europeo. Tale eccezione sembra essere stata oltremodo ridimensionata in seguito all'adozione, da parte del legislatore italiano, del d.lgs. n. 201/2022. Al contempo però sia il legislatore che la giurisprudenza sembrano aver definitivamente equiparato i modelli di gestione dell'affidamento *in-house* e dell'affidamento tramite il ricorso al mercato.

**Key words:** *In house providing; Local public transport; Competition; Administrative Discretion; Administrative courts.*

**Parole chiave:** *In house providing; Trasporto pubblico locale; Concorrenza; Discrezionalità amministrativa; Giudice amministrativo.*

**Sommario** – 1. Origine ed evoluzione dell'intervento amministrativo nel settore del trasporto pubblico locale in Italia – 2. Il processo di integrazione europea e l'introduzione del modello dell'*in house providing* – 3. Segue. La natura ordinaria dell'affidamento *in house* nella prospettiva del giudice euro-unitario e nazionale – 4. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 201/2022 – 5. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 36/2023: un parallelismo – 6. Il ricorso all'*in house* e il recente orientamento del giudice amministrativo – 7. Osservazioni di sintesi.

### **1. Origine ed evoluzione dell'intervento amministrativo nel settore del trasporto pubblico locale in Italia**

L'intervento amministrativo nel settore del trasporto pubblico locale (d'ora in poi anche *tpl*)<sup>1</sup> avviene, in Italia, fenomeno comune specialmente a partire dalla metà del XX secolo, allorché si diffonde lo strumento della partecipazione pubblica anche in imprese private. Come è stato autorevolmente evidenziato, detta forma non importa la gestione pubblica delle attività economiche, ma consiste in una partecipazione, di volta in volta più o meno cospicua, di enti pubblici al capitale di imprese (società) private – e quindi alla loro direzione – al fine di vedere realizzati certi risultati cui gli stessi enti siano particolarmente interessati come nel caso dei pubblici servizi di trasporto. In questi casi, la possibilità di gestire imprese a mezzo di strutture e strumenti privatistici viene a dare ai pubblici poteri che se ne avvalgono quella maggiore snellezza, speditezza e spigliatezza nelle determinazioni, che è particolarmente indicato nello svolgimento dell'azione economica, in rapporto e competizione con gli operatori privati.<sup>2</sup>

1. Come ricorda A. CANDIDO, *La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, II, 2015, p. 105, quando si parla di trasporto pubblico locale “si fa riferimento all'insieme delle modalità e delle tipologie di trasporto concernenti una domanda di mobilità (urbana, regionale o infraregionale) compresa in distanze minori a 100 km”.

2. Così A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Napoli, 1979, pp. 768-769.

La partecipazione diretta dell'Amministrazione all'attività di trasporto pubblico però è un fenomeno ancor più risalente, giacché la possibilità di trasferire ai Comuni la facoltà di prestare direttamente i servizi di trasporto pubblico locale in favore della collettività deve ricondursi alla legge 29 marzo 1903, n. 103 (c.d. Legge Giolitti).<sup>3</sup> Il legislatore interviene per la prima volta per disciplinare la materia del tpl inteso come servizio pubblico in quanto attività destinata al soddisfacimento di esigenze di ordine collettivo e perciò istituita ed organizzata dai pubblici poteri in modo tale da assicurarne l'esplicazione in termini di doverosità e nel rispetto dei principi di universalità, continuità e qualità gestionale.<sup>4</sup>

La disciplina assume una fisionomia ben definita in seguito all'approvazione del regio decreto 15 ottobre 1925, n. 2578, il quale prevede che ogni servizio direttamente assunto dall'Amministrazione comunale implica il dovere per quest'ultima di costituire un'azienda speciale distinta dalla stessa Amministrazione, con bilanci e conti separati. Viene implementato così il sistema delle "municipalizzate", tramite cui le Amministrazioni locali si fanno direttamente carico dell'erogazione del servizio pubblico di trasporto.<sup>5</sup>

Tuttavia, come cercato di anticipare, l'erogazione diretta dei servizi da parte degli enti locali nell'ambito del tpl diviene fenomeno costante nel secondo dopoguerra. Infatti, suddetta modalità di erogazione si affianca allo schema concessorio in favore di imprese private previsto dalla legge 28 settembre 1939, n. 1822.

Dopo la promulgazione della Costituzione del 1948 e la successiva formazione dei primi governi di centrosinistra, a partire dagli anni Sessanta si registra un costante intervento pubblico nell'economia.

3. La legge 29 marzo 1903, n. 103 ha avuto il merito di introdurre una disciplina pubblica, mediante il processo di "municipalizzazione", all'interno del settore di gestione dei servizi pubblici locali all'epoca controllato dalle posizioni di monopolio delle imprese private. In argomento G. FONDERICO, *Il comune regolatore. Le private e i diritti esclusivi nei servizi pubblici locali*, Pisa, 2012, p. 51 ss.; G. PIPERATA, *La disciplina dei servizi pubblici locali negli ultimi interventi legislativi di stabilità economica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, I, 2012, p. 23.

4. Così G. CAIA, *Il trasporto pubblico locale come paradigma del servizio pubblico (disciplina attuale ed esigenze di riordino)*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Vittorio Domenichelli*, Bari, 2018, p. 113.

5. In argomento C. MEZZANOTTE, *Municipalizzazione dei servizi pubblici. Legge e regolamento riguardanti l'assunzione diretta dei servizi municipali con note illustrative del senatore Camillo Mezzanotte*, Milano, 1905; U. BORSI, *Municipalizzazione dei pubblici servizi*, in *Nuovo digesto italiano*, III, Torino, 1939, p. 802, secondo cui "municipalizzazione dei servizi significa assunzione di servizi da parte del Comune, ed in questo significato generico è fenomeno proprio di ogni Comune, in qualunque momento storico e sotto qualunque regime [...] per municipalizzazione di servizi si intende [...] la gestione diretta da parte del Comune di quei servizi pubblici che potrebbero essere esercitati da imprenditori privati"; M.S. GIANNINI, *Profili giuridici della municipalizzazione con particolare riguardo alle aziende*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, XI, 1953, p. 611 ss. Anche A. TROCCOLI, *Le aziende municipalizzate*, Firenze, 1963; U. POTOTSCHING, *I pubblici servizi*, Padova, 1964; L. GIOVENCO, *Gli interventi del Comune nell'economia*, Milano, 1964; G. PISCHEL, *L'azienda municipalizzata*, Roma, 1972; A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., p. 348 ss.; G. CAIA, *Municipalizzazione dei servizi*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1990, p. 1 ss.; L. MANNORI, B. SORDI, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, 2001, p. 414 ss.; F. MERUSI, *Cent'anni di municipalizzazione: dal monopolio alla ricerca della concorrenza*, in *Diritto amministrativo*, I, 2008, p. 37 ss.

Detto interventismo si verifica sia a livello centrale che, seppur in forma minore, a livello locale, specialmente nel settore del trasporto pubblico. Il che comporta degli evidenti e rilevanti benefici per la collettività ma in alcune circostanze anche problemi in relazione ai bilanci pubblici.

Sicché l'esigenza di ridurre la spesa pubblica e il disavanzo da una parte, l'obiettivo di decentramento dei servizi pubblici in seguito all'istituzione degli enti regionali dall'altra, inducono il legislatore italiano a intervenire, tra gli anni Settanta e Ottanta, con due riforme per rivedere la disciplina del tpl. Mediante l'emanazione dei d.p.r. 14 gennaio 1972, n. 5 e del 24 luglio 1977, n. 616 vengono trasferite alle Regioni ordinarie le funzioni amministrative in materia di linee automobilistiche e tramvie e quelle riguardanti le concessioni ferroviarie.

Tuttavia, un effettivo riordino della disciplina si ha soltanto in seguito all'adozione da parte del legislatore della legge quadro 10 aprile 1981, n. 151, con la quale vengono riorganizzati i servizi di trasporti collettivi urbani, extraurbani e regionali di cose e persone da offrire in modo continuato o periodico al pubblico. La legge prevede altresì i criteri per la determinazione degli itinerari, degli orari, delle frequenze e delle tariffe.

In altri termini, la legge del 1981 trasferisce alla competenza regionale l'ambito di disciplina del trasporto pubblico, ivi compreso l'obbligo di determinare, mediante una propria normazione, i bacini di traffico in armonia con il piano nazionale dei trasporti di competenza statale. La disciplina del 1981 continua a prevedere la possibilità che il servizio pubblico locale possa essere gestito direttamente dall'ente pubblico, tramite azienda speciale o mediante concessione a un operatore privato.

La novità fondamentale è rappresentata dal tentativo di decentramento disposto dal legislatore nazionale in favore dei legislatori regionali. Tentativo però che non sembra essersi pienamente concretizzato a causa delle difficoltà ravvisate dagli enti regionali nell'approvare propri piani di programmazione in materia di trasporto.

Per aversi un pieno decentramento, infatti, bisogna attendere i plurimi interventi effettuati dal legislatore nel corso degli anni Novanta, il quale è esortato a innovare il settore dei trasporti dal legislatore europeo che richiede ora un'apertura in favore del mercato retto dal gioco della libera concorrenza.<sup>6</sup>

In primo luogo, con legge 8 giugno 1990, n. 142 sull'ordinamento degli enti locali, il legislatore dispone la trasformazione delle aziende municipalizzate in aziende speciali, dotate di personalità giuridica e la cui attività deve informarsi ai principi di efficacia, efficienza ed economicità.<sup>7</sup> L'obiettivo è quello di ridurre la spesa pubblica e assicurare l'equilibrio dei bilanci.

6. Si fa riferimento alle l. 8 giugno 1990, n. 142; l. 28 dicembre 1995, n. 549; l. 15 marzo 1997, n. 59; d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422. Sul punto G.L. ALBANO, A. HEIMLER, M. PONTI, *Concorrenza, regolazioni e gare: il trasporto pubblico locale*, in *Mercato, Concorrenza, Regole*, I, 2014, p. 117 ss.

7. Sul punto S. DEL GATTO, *I servizi pubblici*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, VI ed., Roma-Bari, 2021, p. 209 ss.

In secondo luogo, al fine di implementare e rendere definitivo il decentramento in favore delle Regioni e degli enti locali bisogna attendere una delle leggi di riforma c.d. Bassanini con la quale il legislatore italiano dispone che il Governo provvede a delegare alle Regioni i compiti di programmazione e amministrazione in materia di servizi pubblici di trasporto di interesse regionale e locale. Viene altresì attribuito alle Regioni il compito di definire, d'intesa con gli enti locali, il livello dei servizi minimi qualitativamente e quantitativamente sufficienti a soddisfare la domanda di mobilità dei cittadini, servizi i cui costi sono a carico dei bilanci regionali, prevedendo che i costi dei servizi ulteriori rispetto a quelli minimi siano a carico degli enti locali che ne programmano l'esercizio.

Infine, si dispone che l'attuazione delle deleghe e l'attribuzione delle relative risorse alle regioni siano precedute da appositi accordi di programma tra il Ministro dei trasporti e della navigazione e le regioni medesime e di definire le modalità per incentivare il superamento degli assetti monopolistici nella gestione dei servizi di trasporto urbano ed extraurbano e per introdurre regole di concorrenzialità nel periodico affidamento dei servizi.<sup>8</sup> In questo modo il principio di libera concorrenza comincia a addentrarsi all'interno del settore del tpl.

A riguardo, dirimente si rivela essere il d.lgs. 19 novembre 1997, n. 422, il quale dispone l'apertura dei servizi di tpl al mercato attraverso l'indizione di procedure a evidenza pubblica strumentali alla stipula di un contratto di servizio<sup>9</sup> e le disposizioni contenute all'interno della legge 14 novembre 1995, n. 481 sulla concorrenza e regolazione dei servizi di pubblica utilità, la quale peraltro impone l'istituzione di apposite autorità di regolazione come l'Autorità per l'Energia Elettrica e il Gas (AEEG, oggi ARERA) e l'Autorità per le Garanzie nelle Telecomunicazioni (AGCOM).

In particolare, detti interventi legislativi contengono, tra le varie prescrizioni, l'obbligo del ricorso a procedure a evidenza pubblica; l'impossibilità di estendere i bacini di competenza in caso di gestione diretta o di affidamento dei servizi a enti propri o ad aziende speciali; nel caso di gestione diretta o di affidamento dei servizi a enti propri o ad aziende speciali, debbono essere previste procedure concorsuali ad evidenza pubblica per l'affidamento di eventuali quote di servizio; l'esclusione di indennità per il gestore in caso di mancato rinnovo alla scadenza del contratto o di decadenza del medesimo nei casi stabiliti dalla legge e la determinazione delle tariffe.

Con il decreto del 1997, inoltre, il legislatore definisce, una volta per tutte, criteri e linee guida per l'organizzazione del trasporto pubblico locale, precisando nell'*incipit* che cosa debba intendersi

8. L. 15 marzo 1997, n. 59, art. 4.

9. Ove per contratto di servizio si intende "lo strumento che governa la relazione tra l'ente responsabile del servizio pubblico locale e i soggetti che contribuiscono alla sua produzione. Ciò coerentemente con il fatto che il coinvolgimento di soggetti privati nella gestione rende necessaria la definizione mutualmente vincolante delle regole del rapporto, che, in una logica di alterità tra ente responsabile e erogatore della prestazione, trova nel contratto la sua sede più coerente. In questo senso, il contratto di servizio si colloca a valle dei processi di esternalizzazione in atto e ne riflette l'essenza". Così S. TORRICELLI, *Il contratto di servizio nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in *MVNVS – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, III, 2023, p. 303 ss.

per trasporto pubblico locale. Ai sensi dell'art. 1, comma secondo, per tpl si intende l'insieme dei sistemi di mobilità terrestri, marittimi, lagunari, lacuali, fluviali e aerei che operano in modo continuativo o periodico con itinerari, frequenze e tariffe prestabilite, ad accesso generalizzato, nell'ambito di un territorio di dimensione normalmente regionale o infraregionale.

Non solo, ma il decreto legislativo accentua il decentramento e amplia il sistema di delega delle funzioni amministrative dalle Regioni alle Provincie e ai Comuni che non richiedano l'esercizio unitario a livello regionale del tpl. Sicché la competenza regionale in materia di tpl finisce per divenire residuale rispetto a quella generale ora devoluta agli Enti locali. Su questi incombe il dovere di dare corso agli obblighi statali e comunitari in materia di concorrenza, obblighi che tuttavia, nonostante i plurimi interventi degli anni Novanta volti ad aprire il settore del tpl definitivamente al mercato, vengono in parte disattesi dallo stesso legislatore italiano, in parte avvantaggiato, come si vedrà, dalla giurisprudenza di fine XX secolo della Corte di giustizia dell'allora Comunità europea.

In conclusione, in argomento deve farsi riferimento al Testo unico sull'ordinamento degli Enti Locali (TUEL) approvato con l. 18 agosto 2000, n. 267, il cui art. 113,<sup>10</sup> come modificato in seguito all'adozione del d.l. 30 settembre 2003, n. 269, prevede, ai fini dell'erogazione del servizio di tpl, la possibilità per gli enti locali di ricorrere anche a società a capitale interamente pubblico a condizione che l'ente o gli enti pubblici titolari del capitale sociale esercitino sulla società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi<sup>11</sup> e che la società realizzi la parte più importante della propria attività con l'ente o gli enti pubblici che la controllano.

Il che dimostra una certa confusione del legislatore italiano, giacché soltanto due anni prima, con l. 28 dicembre 2001, n. 448,<sup>12</sup> egli aveva prospettato, su sollecitazione delle istituzioni comunitarie,

10. Per un'analisi della norma R. CAVALLO PERIN, Art. 113, in ID., A. ROMANO (a cura di), *Commentario breve al testo unico sulle autonomie locali*, Padova, 2006, p. 654 ss.

11. In merito C. PECORARO, *Sul controllo analogo nelle società in house providing*, Milano, 2021, p. 163 ss.; E. CODAZZI, *L'esercizio del controllo analogo su società in house tra crisi di impresa e direzione e coordinamento del socio pubblico: alcune riflessioni alla luce del nuovo art. 120-bis CCII*, in *Il diritto dell'economia*, III, 2023, p. 169 ss. A riguardo, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha costantemente affermato che il requisito del controllo analogo richiede la totalità della partecipazione pubblica, tenendo conto che la partecipazione di soggetti privati al capitale di una società, seppur minoritaria, alla quale partecipi anche la p.A. aggiudicatrice, esclude che la Amministrazione possa esercitare sulla stessa società un controllo analogo a quello che essa svolge sui propri servizi. Così Corte di giustizia CE, 11 gennaio 2005, C-26/03, *Stadt Halle c. Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall - und Energieverwertungsanlage TREA Leuna*. Come è stato evidenziato, ciò che rileva per escludere il controllo analogo è la mera presenza, anche in minima parte, di capitali provenienti da privati, perché l'investimento privato persegue fini disomogenei rispetto a quelli di pubblico interesse, escludendo quindi quell'assimilazione sostanziale su cui si fonda l'istituto dell'*in house*. Il privato titolare di quei capitali, inoltre, grazie all'affidamento diretto beneficerebbe di un vantaggio competitivo ottenuto senza rispetto delle regole sulla concorrenza. Così R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2021, p. 342.

12. Su cui A. PERICU, *Fattispecie e regime della gestione dei servizi pubblici locali privi di rilevanza industriale*, in *Aedon*, I, 2002, pp. 1-10.

la distinzione tra diverse tipologie di servizio pubblico al fine di differenziare le relative modalità di affidamento in chiave proconcorrenziale.<sup>13</sup>

Con la novella del 2003, invece, il legislatore italiano sembra attenuare l'affermazione del principio di concorrenza all'interno dei servizi di tpl,<sup>14</sup> prevedendo la possibilità per gli enti locali di procedere alla diretta gestione o al diretto affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale a società a partecipazione interamente pubblica, dette anche *in house*, recependo l'indirizzo delineato dal giudice comunitario al termine del XX secolo.<sup>15</sup>

Nel corso degli ultimi decenni però la centralità assunta dal principio di libera concorrenza nell'ordinamento italiano finisce per rendere marginali ed eccezionali le ipotesi di intervento diretto da parte dei pubblici poteri nell'economia, finendo tale fenomeno per riflettersi anche sulle singole scelte delle Amministrazioni locali in ordine alle decisioni concernenti le modalità di erogazione, verso la collettività, dei servizi di interesse economico.<sup>16</sup> Ad esempio, la disciplina sui contratti pubblici del 2016 cerca di ridurre ai minimi termini le ipotesi di interferenza amministrativa all'interno delle dinamiche di mercato, relegando lo strumento dell'*in house providing* a ipotesi di difficile e improbabile realizzazione.

Un importante *revirement* sembra sia stato intrapreso dal legislatore, sebbene per un breve periodo, in occasione dell'approvazione della normativa volta all'attuazione del Piano nazionale per la ripresa e resilienza (PNRR) al fine di incentivare la ripresa economica in seguito alla pandemia da Covid-19. Così nel decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77 (c.d. semplificazioni)<sup>17</sup> il legislatore ha contemplato la possibilità per le pubbliche Amministrazioni di ricorrere allo strumento dell'*in*

13. Così M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Commento al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 e analisi sistematica delle regole vigenti nei singoli settori*, Milano, 2023 p. 234.

14. Questo arresto ben potrebbe imputarsi, specialmente in relazione alla peculiarità che riguarda il settore del tpl "al particolare collegamento della mobilità con il territorio e dunque con i beni pubblici, e della natura di servizio pubblico di trasporto, diretto a garantire, in quanto tale, i servizi oltre la marginalità del servizio". Così F. MACIOCE, *Liberalizzazione e regolazione nel settore dei trasporti: recenti sviluppi*, in *Diritto dei trasporti*, I, 2013, p. 83. Tuttavia, quanto previsto dal legislatore italiano all'interno dell'art. 113 del TUEL sembra contrastare con quanto lo stesso aveva previsto all'interno del precedente d.lgs. 20 settembre, 1999, n. 400, attraverso cui era stato previsto quale regola generale di affidamento dei contratti di servizio di tpl il ricorso alla procedura a evidenza pubblica.

15. Come ampiamente noto, lo strumento dell'*in house providing* è stato inizialmente disciplinato dalla Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107-98, *Teckal c. Comune di Viano*.

16. Le ragioni della difficoltà, riscontrata in passato, di aprire il settore dei servizi pubblici locali (ivi compresi quei servizi riconducibili alla categoria dei trasporti) alle dinamiche del mercato concorrenziale sarebbero da rinvenirsi nel problema della sovrapposizione tra assunzione del servizio e gestione dello stesso, così G. NAPOLITANO, *Regole e mercato nei servizi pubblici*, Bologna, 2005, p. 79 ss.

17. Il decreto semplificazioni – e successivamente anche il nuovo Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 – ha altresì apportato delle importanti modifiche alla disciplina sul procedimento amministrativo di cui alla l. 7 agosto 1990, n. 241 e al Codice del processo amministrativo di cui al d.lgs. 2 agosto 2010, n. 104, in particolare per garantire che l'attuazione del PNRR non venisse ostacolata dalle tempistiche della buro-

*house providing* per assicurare l'effettiva e tempestiva attuazione degli interventi previsti all'interno del PNRR e, dunque, la generale, quanto non meglio definita, possibilità per le stesse Amministrazioni di avvalersi del supporto delle società a partecipazione pubblica.<sup>18</sup>

In sostanza, il legislatore introduce un mutamento di paradigma circa il ruolo e la funzione dell'Amministrazione, estendendo le sue prerogative di intervento nella sfera economica per attivare un processo di ripresa economica e adempiere alle sollecitazioni delle istituzioni euro-unitarie. Si tratta però di un quadro normativo pur sempre emergenziale (*rectius*: transitorio) nonostante sia inequivocabile la discontinuità e la controtendenza rispetto alla solita linea politica del legislatore italiano, molto attento a non trascurare mai il primato della concorrenza e del mercato.<sup>19</sup> Infatti, quest'ultimo ritorna celermente sui propri passi e decide di intervenire, a un anno di distanza, all'interno del settore dei servizi pubblici locali nel tentativo di meglio circoscrivere e predeterminare i requisiti e l'ambito di operatività dell'intervento amministrativo nell'erogazione di servizi di interesse economico generale, a cominciare dalla possibilità per gli Enti locali di procedere ad affidamenti diretti in luogo del ricorso al mercato.

In questa direzione, con l'adozione del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 avente a oggetto la disciplina generale dei servizi di interesse economico generale prestati a livello locale, riguardante, come si vedrà nel prosieguo, anche il settore del trasporto pubblico locale,<sup>20</sup> il legislatore ha specificato, sin dal principio, che l'istituzione, la regolazione e la gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale rispondono, tra i diversi principi elencati, ai principi di concorrenza e sussidiarietà.<sup>21</sup>

crazia e della giustizia amministrativa. In relazione alle novità apportate alla legge sul procedimento, *ex multis*, L. LAMBERTI, *Le modifiche in tema di procedimento amministrativo introdotte dai decreti semplificazioni*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, X-XI, 2021, p. 465 ss. Per quanto riguarda, invece, le novità apportate al c.p.a. si considerino F. FRATTINI, *La giustizia amministrativa nel 2022*, in *Giornale di diritto amministrativo*, II, 2022, p. 159 ss.; G. NAPOLITANO, *Giustizia amministrativa e ripresa economica*, in *Giornale di diritto amministrativo*, III, 2022, p. 209 ss. Per un approfondimento, anche con richiami giurisprudenziali, sul "rito PNRR" si veda L. GOLISANO, *Il processo amministrativo in materia di contratti pubblici*, in R. CHIEPPA, M. SANTISE, H. SIMONETTI, R. TUCCILLO (a cura di), *Il nuovo Codice dei contratti pubblici. Questioni attuali sul D.lgs. n. 36/2023*, Milano, 2023, p. 449 ss.

18. Art. 9, comma secondo, d.l. 31 maggio 2021, n. 77.

19. Sul punto, se si vuole, F. TOMASICCHIO, *La ricostruzione del protagonismo statale nei piani di ripresa economica. I corollari dello Stato impolitico*, in *DPCE online*, IV, 2022, p. 2240 ss.; ID., *Le manifestazioni dello Stato interventore nel paradigma neoliberale. Il caso delle nazionalizzazioni dell'energia in Europa*, in *Politica del diritto*, II, 2023, p. 232 ss.

20. Su cui, *ex multis*, L. BERTONAZZI, *Modalità di gestione del trasporto pubblico locale*, in R. VILLATA, S. VALAGUZZA (a cura di), *I servizi pubblici*, Torino, 2022, p. 331 ss.

21. Art. 3, d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201. Da ultimo, la Corte cost., 29 ottobre 2024, n. 183, dopo aver pronunciato la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 6, comma primo, lett. i) della l.r. 14 giugno 1994, n. 17 della Regione Umbria, che disponeva l'obbligo di residenza nel territorio regionale quale condizione per gli operatori del servizio Taxi e per gli operatori privati di servizio non di linea, ha ribadito la natura "fondamentale" che connota il principio di libera concorrenza, riconducendolo al dettato dell'art. 41 Cost.

È dalle novità introdotte in sede comunitaria e dal relativo recepimento da parte del legislatore italiano che la presente indagine e la relativa ricostruzione storica devono proseguire.

## 2. Il processo di integrazione europea e l'introduzione del modello dell'*in house providing*

Prima di soffermarsi sulle caratteristiche e sull'evoluzione della figura dell'*in house providing* nel sistema di diritto amministrativo italiano è utile ricordare che la possibilità per i pubblici poteri di partecipare attivamente alle dinamiche di mercato rappresenta oggi un'ipotesi piuttosto rara in ragione dell'adesione da parte dell'ordinamento italiano al processo di integrazione europea, della relativa creazione del mercato unico e della contestuale affermazione delle tesi dell'economia sociale di mercato.<sup>22</sup> Il che, come ampiamente noto, ha consentito, a partire specialmente dall'ultimo decennio dello scorso secolo, la piena affermazione dello Stato "regolatore".<sup>23</sup>

22. Il sintagma "economia sociale di mercato" è stato coniato da A. MÜLLER-ARMACK, *Soziale Marktwirtschaft*, in AA.VV. (a cura di), *Handwörterbuch der Sozialwissenschaften*, IX, Stoccarda, 1956, p. 392, come riporta A. SOMMA, *Il neoliberalismo progressista e i suoi critici. Un dibattito su redistribuzione, riconoscimento e anticapitalismo*, in *Politica e Società*, II, 2022, p. 174, ed è ripreso dal Trattato sull'Unione europea (TUE) all'art. 3, §3. Sugli sviluppi che hanno riguardato le tesi dell'economia sociale di mercato si vedano D. GERBER, *Constitutionalizing the Economy. German Neoliberalism, Comparative Law and the "New" Europe*, in *The American Journal of Comparative Law*, XLII, 1994, p. 25 ss.; H. TIETMAYER, *The social market economy and monetary stability*, Londra, 1999, p. 6 ss.; M. LIBERTINI, *Autorità indipendenti, mercati e regole*, in *Rivista italiana per le scienze giuridiche*, I, 2010, p. 66, secondo cui il nucleo delle tesi dell'ESM sia da rinvenire nella "presenza di uno Stato forte ma non dirigista: uno Stato che tuteli i mercati (e il buon funzionamento dei mercati) e non le imprese esistenti in quanto tali, senza interferire nelle scelte di investimento delle imprese e senza entrare in competizione con le imprese private (l'impresa pubblica si giustifica, nella prospettiva dell'ESM, solo in presenza di monopoli naturali)". Cfr. A. SOMMA, *Il neoliberalismo progressista*, cit., p. 168, sostiene che il "neoliberalismo è un fenomeno unitario, le cui articolazioni non ne mutano la sostanza di teoria e pratica per cui i pubblici poteri sono sempre e comunque chiamati a operare come mano visibile del mercato: a tradurre le leggi del mercato in leggi dello Stato, e a monte a deviare da esse solo nella misura necessaria e sufficiente a prevenire o risolvere i fallimenti del mercato o eventualmente a neutralizzare il conflitto sociale". Per una critica della dottrina neoliberale nel contesto odierno dell'Unione europea F. GASPARI, *Coronavirus, assistenza finanziaria dell'Unione europea e "sentieri interrotti della legalità" costituzionale. Per un ritorno alla Costituzione e alla sovranità nazionale*, in *Il diritto dell'economia*, III, 2020, p. 63 ss.

23. In argomento, senza presunzione di completezza, V. ROPPO, *Privatizzazioni e ruolo del "pubblico": lo Stato regolatore*, in *Politica del diritto*, IV, 1997, p. 627 ss.; M. D'ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 171 ss.; M. MAZZAMUTO, *La riduzione della sfera pubblica*, Torino, 2000; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003, p. 235 ss.; A. POLICE, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri. Profili di diritto amministrativo nella disciplina antitrust*, Torino, 2007, p. 3 ss.; A. LALLI, *Disciplina della concorrenza e diritto amministrativo*, Napoli, 2008; L. GIANI, *Regolazione del mercato, regolazione per il mercato e crisi economico finanziaria*, in AA.VV., *Annuario AIPDA 2009*, Napoli, 2010, p. 493 ss.; M. D'ALBERTI, A. PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le Autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2010. Secondo M. CLARICH, *Populismo, sovranismo e Stato regolatore: verso il tramonto di un modello?*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, I, 2018, p. 1 ss., per aversi un sistema di economia di mercato è necessario elaborare "una cornice di regole e istituzioni volte a ga-

Ora i pubblici poteri non interferiscono direttamente con le leggi della domanda e dell'offerta ma si limitano viceversa a elaborare le regole necessarie affinché gli operatori economici privati possano competere in un mercato libero e in regime di concorrenza.<sup>24</sup> Per far sì che tale scenario si realizzi, nella prospettiva dei sostenitori dell'ideologia neoliberale, la presenza dello Stato rappresenta un requisito imprescindibile.

Il mercato non è un'istituzione naturale, in grado di vivere e operare a prescindere dai comportamenti umani.<sup>25</sup> Esso necessita di un forte apparato burocratico che sia in grado di offrire protezione e di assicurare il corretto funzionamento mediante l'imposizione della concorrenza. In questo senso, i pubblici poteri (statali e sovranazionali) predispongono le "regole del gioco" e vigilano sulle condotte tenute dagli operatori economici, senza interferire in guisa diretta con le dinamiche della domanda e dell'offerta.<sup>26</sup>

Tuttavia, quantunque il funzionamento del mercato incentrato sul gioco della libera concorrenza sia il pilastro fondamentale della costruzione giuridica europea, in alcune e rare circostanze il legislatore euro-unitario non ha mancato di ammettere deroghe alla regola generale.

Così può accadere che lo Stato non si limiti a svolgere la sola funzione regolatoria, ma entri anche all'interno del mercato, espletando funzioni che hanno natura imprenditoriale e diretta rilevanza economica. In questo senso, lo Stato non svolge soltanto l'attività imperativa e/o quella contrattuale, ma sempre più spesso si occupa anche di altre attività, erogando i servizi pubblici in favore

rantire la *par condicio* tra gli operatori di mercato e il rispetto dei vincoli contrattuali, nonché le condizioni generali di stabilità atte a consentire il "calcolo economico", al netto dei rischi fisiologici, e a promuovere gli investimenti"; G. ALPA, *Diritto civile italiano. Due secoli di storia*, Bologna, 2018, p. 580 ss.; I. BORRELLO, E. CHITI, *Il mercato interno e le politiche dell'Unione europea*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, cit., p. 67 ss.; F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, *Lo Stato promotore. Indagine sul mutamento degli strumenti di intervento pubblico nell'economia di fronte alle crisi e alle trasformazioni del XXI secolo*, in F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021, p. 3 ss.

24. Come è stato recentemente osservato, a differenza dell'intervento regolatorio, l'intervento diretto nell'economia "si realizza quando le istituzioni pubbliche assumono i tratti propri degli attori economici e adottano comportamenti rilevanti nella dinamica del mercato o arrivano addirittura ad occupare per intero lo spazio di quest'ultimo, sostituendosi a esso in virtù di una riserva a proprio favore di determinate attività economiche. In questo tipo di intervento le istituzioni possono presentarsi a seconda dei casi nelle vesti dello "Stato-imprenditore", dello "Stato-acquirente (o venditore)" e dello "Stato proprietario" [...]. Così M. BOMBARDELLI, *Le relazioni tra istituzioni pubbliche e mercati*, in ID. (a cura di), *L'intervento amministrativo sui mercati*, II ed., Torino, 2023, p. 9.

25. In questo senso, come è stato obiettato "il mercato è un'astrazione, sintesi di realtà diverse che nascondono quelle astrazioni intermedie che chiamiamo appunto mercati. Questi non esistono *ex nihilo* [...] ma la loro stessa esistenza dipende da un certo numero di altre istituzioni: l'istituzione giuridica e la moneta". Così R. GUESNERIE, *L'economia di mercato*, Milano, 1998, p. 23.

26. Si tratta della concezione hayekiana che sembra aver caratterizzato la costruzione del mercato unico europeo e il conseguente processo di integrazione. Le tesi riportate nel testo possono rinvenirsi in F.A. VON HAYEK, *Le condizioni economiche del federalismo tra Stati* (1939), trad. it (a cura di) F.O. Reho, Soveria Mannelli, 2016.

della collettività, che possono rivestire quando possiedono rilevanza economica le forme dell'attività d'impresa oppure quando, invece, non hanno tale carattere sono prestati a carico del bilancio dello Stato.

A riguardo, come è stato evidenziato, le norme dei Trattati comunitari con riferimento, ad esempio, ai servizi d'interesse economico generale (SIEG) introducono una deroga alle regole della concorrenza e del mercato, atteso il ruolo fondamentale che essi rivestono per la promozione della coesione sociale e territoriale. Questa deroga deve però ritenersi ammissibile solo quando il rispetto delle regole della concorrenza impedisca alle imprese incaricate della gestione di un servizio economico d'interesse generale il raggiungimento degli obiettivi di cui all'art. 106 del TFUE.<sup>27</sup> In questa direzione pare collocarsi, come tentato di anticipare, il settore del trasporto pubblico locale e la possibilità per le comunità locali di ricorrere allo schema giuridico – elaborato *in primis* dalla giurisprudenza della Corte di giustizia europea – dell'*in house providing*.<sup>28</sup>

L'espressione *in house* identifica il fenomeno di autoproduzione di beni, servizi o lavori da parte della pubblica Amministrazione, il che accade quando quest'ultima acquisisce un bene o un servizio attingendoli all'interno della propria compagine organizzativa senza ricorrere a terzi tramite gara e dunque al mercato. Il modello si contrappone a quello della c.d. esternalizzazione, in cui il pubblico potere si rivolge al privato, demandandogli il compito di produrre e/o fornire i beni e servizi necessari allo svolgimento della funzione amministrativa.<sup>29</sup>

Dal punto di vista dell'organizzazione amministrativa però si è rilevato che l'affidamento *in house* si presenta più come un'esternalizzazione che come una forma di autoproduzione, soprattutto perché esso avviene normalmente a favore di organismi in forma privatistica, quindi fa sì che lo svolgimento dell'attività affidata sia soggetto alle regole del diritto privato e sfugga almeno ad alcune delle regole tipiche delle gestioni pubbliche.<sup>30</sup>

27. Così M. TIBERII, *Il fondamento normativo o consensuale dell'in house providing. Note a margine del nuovo Codice e del PNRR*, in *Amministrativ@mente*, III, 2023, p. 1337. Più precisamente, l'art. 106 del TFUE "consente alle imprese incaricate della gestione di SIEG di sottrarsi alle regole di concorrenza solo quando la loro applicazione impedisca la realizzazione della missione loro affidata e purché lo sviluppo degli scambi non ne risulti compromesso in misura contraria agli interessi dell'UE. In altre parole, la norma esenta tali imprese dalle regole di concorrenza solo nella misura in cui ciò sia effettivamente necessario per condurre le loro attività in condizioni economicamente sostenibili e purché non ne risulti un pregiudizio eccessivo per l'integrazione del mercato unico europeo". Così M. D'OSTUNI, M. BERETTA, *Il diritto della concorrenza in Italia* (in due tomi), I, Torino, 2024, p. 102.

28. Corte di giustizia CE, 18 novembre 1999, C-107-98, *Teckal c. Comune di Viano*. Con questa decisione il giudice comunitario ha fissato i requisiti per l'affidamento *in house*: I – la personalità giuridica dell'ente affidatario; II – la sussistenza del controllo analogo da parte della p.A.; III – la sussistenza del c.d. vincolo di prevalenza, in base al quale la società *in house* deve compiere l'80% della propria attività nello svolgimento dei compiti affidati dalla p.A. e dalle quali deve derivare una percentuale pari di fatturato.

29. Così R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale*, cit., p. 340.

30. Così B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, IV, 2023, p. 1284.

Lo schema dell'*in house* è stato successivamente implementato anche a livello normativo da parte delle istituzioni dell'Unione, dopo la decisione *Teckal* del 1999, all'interno delle tre direttive adottate in materia di contratti pubblici nel 2014.<sup>31</sup> Alla disciplina europea ha fatto seguito quella adottata dal legislatore italiano mediante l'approvazione del Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica,<sup>32</sup> mediante cui il legislatore sembra aver proseguito nel solco dell'ostilità verso gli affidamenti *in house*.<sup>33</sup> Di recente, come si cercherà di evidenziare nel prosieguo, lo stesso legislatore italiano è tornato sulla disciplina allorché ha approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici.<sup>34</sup>

Al di là delle innovazioni che si sono susseguite in materia, ciò che preme sin da subito evidenziare è che il ricorso a meccanismi di autoproduzione, specialmente da parte delle Amministrazioni locali, è rimasto un fenomeno costante nel tempo e impiegato in più settori dell'economia, nonostante il sensibile ridimensionamento dovuto all'intervento delle istituzioni politiche euro-unitarie.

Infatti, la normativa unionale sottopone il ricorso a sistemi di autoproduzione in favore delle pubbliche Amministrazioni soltanto in presenza di alcuni e tassativi requisiti – a partire dal richiamato precedente giurisprudenziale *Teckal* –, e, più in generale, laddove vi sia una situazione di

31. Si fa riferimento alle direttive UE, 26 febbraio 2014, n. 2014/23, n. 2014/24 e n. 2014/25. In merito, *ex multis*, H. CAROLI CASAVOLA, *Le nuove direttive sugli appalti pubblici e le concessioni. Le regole e gli obiettivi strategici per le politiche UE 2020*, in *Giornale di diritto amministrativo*, XII, 2014, p. 1135 ss.; C. FRANCHINI, F. SCIAUDONE, *Il recepimento in Italia delle nuove direttive appalti e concessioni*, Napoli, 2015; A. CAPRERA, "In house providing" e mercato: rette parallele o incroci pericolosi?, in *Analisi giuridica dell'economia*, II, 2015, p. 515 ss. La direttiva n. 2014/25 regola le procedure di appalto degli enti erogatori dei servizi nel settore dei trasporti. Sull'interpretazione e le applicazioni giurisprudenziali delle disposizioni appena richiamate M. TRIMARCHI, R. RUSSO, *Esclusioni dall'obbligo di gara e affidamento in house*, in *Urbanistica e appalti*, III, 2022, p. 426 ss.

32. D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, "Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica". Il Testo unico assoggetta tutte le società pubbliche alle disposizioni del Codice civile salvo lo stesso Testo non preveda diversamente (art. 1, comma terzo). Il che ha portato a ricondurre lo schema dell'*in house* al diritto privato, sul punto M. DUGATO, *Le società in house*, in G. PRESTI, M. RENNA (a cura di), *Le imprese a partecipazione pubblica*, Milano, 2018, p. 66 ss.; M.P. SANTORO, *L'in house tra riforma delle società partecipate e diritto dei contratti pubblici*, in R. MICCÙ (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche? Processi di razionalizzazione tra spinte e rilevanza applicativa*, Napoli, 2019, p. 176 ss.; F. FRACCHIA, *La società a partecipazione pubblica: un quadro di sintesi (dal t.u.s.p.p. alla disciplina sui servizi pubblici, per giungere al nuovo codice dei contratti pubblici)*, in *Il diritto dell'economia*, I, 2024, p. 77 ss. L'art. 16 del richiamato decreto legislativo è rubricato "Società in house", il cui primo comma prevede che le società in house "ricevono affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto solo se non vi sia partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto, né l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata". Sulla dubbia compatibilità del ricorso all'*in house providing* come disciplinato dal Testo unico sulle società a partecipazione pubblica e i principi generali dell'ordinamento si consideri F. GOISIS, *L'in house nella nuova disciplina dei servizi pubblici locali*, in R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Aggiornato al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, Torino, 2023, p. 269 ss.

33. Così B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., p. 1304.

34. D.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, "Codice dei contratti pubblici".

fallimento del mercato. In sintesi, si tratta di quell'ipotesi in cui il ricorso al mercato non è in grado di garantire un'allocazione efficiente dei beni e dei servizi.

Volgendo però l'attenzione alla direttiva n. 24/2014/UE in materia di appalti pubblici e ricorso al mercato è possibile constatare come il legislatore europeo abbia ritenuto opportuno precisare che nessuna disposizione della direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi od organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva.<sup>35</sup> Il che sta a significare che in realtà, per ciò che attiene alla facoltà delle pubbliche Amministrazioni di avvalersi di propri organismi per garantire lavori, forniture o servizi in favore della collettività e del pubblico interesse non risulti necessariamente in contrasto con le previsioni euro-unitarie.

Un tale aspetto riguarda anche e soprattutto il settore del trasporto pubblico locale, verso cui il legislatore europeo ha mostrato di riservare sovente una certa attenzione e flessibilità rispetto all'obbligo, per gli Stati e le loro Amministrazioni, di rivolgersi al mercato. Tra le varie norme che si sono susseguite nel tempo, per ragioni di sintesi si fa immediato riferimento alla normativa chiave in merito, il Regolamento n. 1370/2007 dell'allora Comunità europea, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti previgenti.<sup>36</sup> Fondamentale, per quanto rileva in questa sede, è considerare l'art. 5, secondo paragrafo, del Regolamento del 2007, allorché il legislatore europeo ha inequivocabilmente disposto che salvo non sia disposto diversamente dalla legislazione nazionale, le autorità competenti a livello locale, si tratti o meno di un'autorità singola o di un gruppo di autorità che forniscono servizi integrati di trasporto pubblico di passeggeri, hanno facoltà di fornire esse stesse servizi di trasporto pubblico di passeggeri o di procedere all'aggiudicazione diretta di contratti di servizio pubblico a un soggetto giuridicamente distinto su cui l'autorità competente a livello locale, o, nel caso di un gruppo di autorità, almeno una di esse, esercita un controllo analogo a quello che esercita sulle proprie strutture. La norma ricalca parte dei requisiti fissati dalla Corte di giustizia nel precedente *Teckal*, specificando che le Amministrazioni hanno la facoltà di offrire direttamente servizi di trasporto pubblico di passeggeri e ciò dovrebbe significare che tale decisione sia rimessa alla loro potestà discrezionale e alla verifica dei requisiti posti dalla normativa e giurisprudenza euro-unitari.<sup>37</sup> Di conseguenza, il Regolamento n. 1370/2007/CE sembra aver introdotto una vera e propria novità rispetto

35. Direttiva n. 24/2014/UE, cit., considerando n. 5.

36. Regolamento CE, 23 ottobre 2007, n. 1370/2007 che ha abrogato i precedenti regolamenti (CEE), 26 giugno 1969, n. 1191/69 e del 4 giugno 1970, n. 1107/70.

37. A questo riguardo, lo stesso art. 5, Regolamento (CE), 24 ottobre 2007, n. 1370/2007, precisa che se un'autorità locale decida di procedere all'erogazione diretta del servizio di tpl si applicano le seguenti disposizioni: "a) al fine di determinare se l'autorità competente a livello locale esercita tale controllo, sono presi in considerazione elementi come il livello della sua rappresentanza in seno agli organi di amministrazione, di direzione o vigilanza, le relative disposizioni negli statuti, l'assetto proprietario, l'influenza e il controllo effettivi sulle decisioni strategiche e sulle singole decisioni di gestione. Conformemente al diritto comunitario, la proprietà al 100% da parte dell'autorità pubblica competente, in particolare in caso di partenariato pubblico-privato, non è un requisito obbligatorio per stabilire il controllo ai sensi del presente paragrafo, a condizione che vi sia un'influenza pubblica dominante e che il controllo possa essere stabilito in base ad altri criteri;

al consueto *modus operandi* del legislatore europeo, il quale è solito concepire l'apertura al mercato e la disciplina della concorrenza, anche nell'ambito dei servizi pubblici, come elementi inderogabili. D'altra parte, l'intero processo di integrazione europea si fonda sulla costruzione del mercato unico e sull'imposizione del gioco concorrenziale a opera dei pubblici poteri.<sup>38</sup>

Nella medesima direzione sembra collocarsi anche la giurisprudenza recente della CGUE allorché essa ha precisato che gli Enti locali che intendano aggiudicare direttamente un contratto di servizio di trasporto pubblico non sono tenuti a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie al fine di porli nella condizione di formulare un'offerta dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa.<sup>39</sup>

Tuttavia, la CGUE si è spinta anche oltre ed è giunta a sgomberare il campo interpretativo concernente la facoltà per le Amministrazioni locali di ricorrere allo schema dell'affidamento *in house* mediante alcune pronunce con le quali essa ha stabilito la natura ordinaria – e non eccezionale – del suddetto ricorso. In sostanza, le pubbliche Amministrazioni possono deliberatamente decidere se autoprodurre o impegnarsi a erogare direttamente mediante propri organismi i servizi pubblici di tpl, senza previo obbligo di rivolgersi al mercato. La scelta sembra doversi interpretare quale conseguenza di una valutazione discrezionale rimessa agli Stati membri, ovvero alla p.A. Più precisamente, in risposta al rinvio pregiudiziale rivolto dal giudice amministrativo circa la compatibilità della disciplina nazionale che pone su di un piano subordinato la modalità dell'autoproduzione rispetto a quella che prevede il ricorso al mercato, la Corte di giustizia ha affermato che dal principio di libera organizzazione amministrativa consegue la libertà per gli Stati membri

- b) il presente paragrafo si applica a condizione che l'operatore interno e qualsiasi soggetto sul quale detto operatore eserciti un'influenza anche minima esercitino le loro attività di trasporto pubblico di passeggeri all'interno del territorio dell'autorità competente a livello locale, escluse eventuali linee in uscita o altri elementi secondari di tali attività che entrano nel territorio di autorità competenti a livello locale vicine, e non partecipino a procedure di gara per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri organizzate fuori del territorio dell'autorità competente a livello locale;
- c) in deroga alla lettera b), un operatore interno può partecipare a una procedura di gara equa da due anni prima che termini il proprio contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta, a condizione che sia stata adottata la decisione definitiva di sottoporre a procedura di gara equa i servizi di trasporto di passeggeri coperti dal contratto dell'operatore interno e che questi non abbia concluso nessun altro contratto di servizio pubblico ad aggiudicazione diretta;
- d) in mancanza di un'autorità competente a livello locale, le lettere a), b) e c) si applicano a un'autorità nazionale per una zona geografica non nazionale, a condizione che l'operatore interno non partecipi a gare pubbliche indette per la fornitura di servizi di trasporto pubblico di passeggeri al di fuori della zona per la quale è stato aggiudicato il contratto di servizio pubblico;
- e) in caso di subappalto ai sensi dell'articolo 4, paragrafo 7, l'operatore interno è obbligato a prestare egli stesso la maggior parte dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri in questione”.

38. In merito A. SOMMA, *L'Unione europea non è un progetto incompleto e neppure riformabile: è un dispositivo neoliberale di successo*, in *Ragion pratica*, I, 2023, p. 161 ss.

39. Così CGUE, 24 ottobre 2019, C-515/18, *Autorità garante della concorrenza e del mercato c. Regione autonoma della Sardegna*.

di scegliere il modo di prestazione di servizi tramite cui le Amministrazioni aggiudicatrici provvederanno alle proprie esigenze. Da ciò discende la libertà per la p.A. di subordinare la conclusione di un'operazione interna all'impossibilità di indire una gara d'appalto e, in ogni caso, alla dimostrazione, da parte della stessa p.A. aggiudicatrice, dei vantaggi per la collettività specificamente connessi al ricorso all'operazione interna.<sup>40</sup>

Si tratta di una questione dirimente giacché legislatore italiano, p.A. e giudici sovente si sono trovati in contrasto in merito. Infatti, come si vedrà, il legislatore prima, il giudice amministrativo dopo, hanno per lungo tempo ritenuto, nonostante la mancanza di un obbligo imposto dal diritto euro-unitario o della giurisprudenza della Corte di giustizia, il ricorso all'*in house providing* quale eccezione rispetto alla regola generale della procedura di gara.<sup>41</sup>

In altri termini, specialmente nell'ultimo ventennio, legislatore e giurisprudenza hanno tentato di stimolare gli Enti locali a procedere all'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale mediante gare aperte in favore degli operatori economici e della tutela della concorrenza pur essendo tali servizi caratterizzati da una disciplina speciale, come previsto dal Regolamento (CE) del 2007 più volte richiamato, rispetto al resto delle altre materie in cui, viceversa, le istituzioni euro-unitarie prevedono in guisa categorica il dovere di procedere a evidenza pubblica.<sup>42</sup>

Nonostante i menzionati tentativi di liberalizzare il settore del tpl, da una prospettiva maggiormente critica si è osservato che, nel contesto nazionale, la tendenza evidenziatasi nel settore del trasporto pubblico regionale e locale sino a oggi è stata quella di privilegiare gli affidamenti *in*

40. Così CGUE, 6 febbraio 2020, C-89/19 e C-91/19, *Rieco SpA c. Comune di Lanciano et al.* Per un'analisi della pronuncia C. CONTESSA, *La Corte di Giustizia legittima i limiti nazionali agli affidamenti "in house"*, in *Urbanistica e appalti*, III, 2020, p. 354 ss.

41. In questa direzione M. TIBERII, *Il fondamento normativo o consensuale dell'in house*, cit., p. 1342, rileva che nell'ordinamento italiano "l'istituto dell'*in house providing* è stato sempre considerato come un'eccezione alle regole della concorrenza e dell'evidenza pubblica, diversamente dal diritto comunitario dove la scelta tra l'esternalizzazione del servizio o l'autoproduzione sembra rappresentare [...] un'opzione alternativa quasi indifferente".

42. Sul tema dell'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale si consideri, *ex multis*, C. IAIONE, *Le società in house: contributo allo studio dei principi di auto-organizzazione e auto-produzione degli enti locali*, Napoli, 2012; C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali: origine ed evoluzione più recente dell'istituto alla luce della normativa e della giurisprudenza europea e nazionale*, in *giustamm.it*, III, 2014; L.R. PERFETTI, *Le procedure di affidamento dei trasporti pubblici locali*, in *MVNVS - Rivista giuridica dei servizi pubblici*, I, 2015, p. 129 ss.; A. POLICE, *Il servizio di trasporto pubblico: Regolazione e mercato nel trasporto ferroviario*, in L. VANDELLI, M.A. SANDULLI (a cura di), *I servizi pubblici economici tra mercato e regolazione. Atti del 20° Congresso italo-spagnolo dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, 2016; G. MATTIOLI, *L'affidamento in house del servizio di tpl di passeggeri su strada e per ferrovia: "eccezione che conferma la regola?" Alcune riflessioni circa l'interpretazione e l'applicazione europea e nazionale della relativa disciplina*, in *federalismi.it*, XXIV, 2020, p. 113 ss.; A. MEALE, *L'affidamento in house come eccezione e il confronto con il diritto dell'Unione all'esame della Corte di Giustizia*, in *Giurisprudenza italiana*, 2020, p. 1178 ss.; A. IANNOTTI DELLA VALLE, *Gli affidamenti in house nel quadro della tutela della concorrenza alla luce di un nuovo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Rivista Trimestrale degli Appalti*, I, 2021, p. 197 ss.; G. URBANO, *L'affidamento in house al tempo della transizione*, in *Rivista di Diritto ed Economia dei Comuni*, I, 2023, p. 43 ss.

*house*. Il che sarebbe da addebitarsi al fatto che, a livello euro-unitario, viene mantenuto un atteggiamento di apparente neutralità o, addirittura, indifferenza, in ordine alle modalità di gestione del servizio.<sup>43</sup>

Di talché si evince uno scenario nel quale il legislatore formalmente predilige l'attuazione di procedure a evidenza pubblica per l'affidamento di servizi di tpl, ma sostanzialmente tale auspicio è disatteso dall'attività degli Enti locali, dacché questi ultimi prediligono affidare direttamente a società *in house* l'espletamento dei servizi *de quibus*.

Il reiterarsi di queste condotte da parte delle Amministrazioni ha provocato nel tempo una frattura all'interno della stessa giurisprudenza del giudice amministrativo, divisa tra due orientamenti: il primo di tipo stringente, in cui la p.A. è chiamata a valutare attentamente la sussistenza dei requisiti per ricorrere all'affidamento diretto inteso quale strumento eccezionale rispetto alla regola generale della procedura a evidenza pubblica e del ricorso al mercato;<sup>44</sup> il secondo, viceversa, vede nell'affidamento a organismi *in house* dei servizi di tpl un rimedio ordinario che valorizza il potere discrezionale della p.A., al pari del ricorso al mercato, dal momento che tale soluzione è pienamente rispettosa del Regolamento (CE) n. 1370/2007.<sup>45</sup>

Detta divisione deve con molta probabilità ricondursi, come è stato obiettato, al principio di autodeterminazione degli Stati membri in base al quale è indifferente per l'ordinamento europeo che uno Stato membro introduca delle condizioni stringenti volte alla verifica dell'economicità e dell'efficienza del modello dell'autoproduzione rispetto al mercato. In altri termini, la scelta del legislatore nazionale di penalizzare il ricorso all'affidamento diretto a vantaggio delle procedure concorrenziali è compatibile con il quadro normativo europeo e, pertanto, deve ritenersi un'opzione legittima.<sup>46</sup>

La disputa tra rimedio straordinario (il ricorso all'*in house providing*) e rimedio ordinario (ricorso al mercato) sembra però da ultimo aver trovato una definitiva e unanime interpretazione in seguito ai recenti interventi del giudice amministrativo<sup>47</sup> e alle recenti decisioni del legislatore di porre, dapprima all'interno della disciplina di riordino dei servizi pubblici locali (art. 14, d. lgs. 23 dicembre 2022, n. 201), di poi tra i principi del nuovo Codice dei contratti pubblici (art. 7, concernente il ricorso a meccanismi di autoproduzione e auto-organizzazione da parte dell'Amministrazione) sostanzialmente entrambi i modelli di gestione sullo stesso piano.

In definitiva, il legislatore nazionale ha recepito l'indirizzo euro-unitario che pone sul medesimo piano l'affidamento diretto e l'affidamento tramite procedura a evidenza pubblica rispetto all'orientamento che aveva deciso di adottare in passato, caratterizzato dalla scelta volta a favorire

43. Così M.F. TROPEA, *Affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale: sulla auspicata straordinarietà del ricorso a tale procedura*, in *Nuove Autonomie*, II, 2021, p. 421.

44. Sulla natura eccezionale dell'affidamento *in house* Cons. Stato, Ad. plen., 3 marzo 2018, n. 1.

45. Si tratta di un orientamento giurisprudenziale i cui profili saranno analizzati nel § 6 del presente lavoro.

46. Così V. APICELLA, A. PAIANO, *Il servizio pubblico di trasporto passeggeri su strada: affidamento in house e oneri motivazionali*, in *MVNVS - Rivista giuridica dei servizi pubblici*, I, 2021, p. 164.

47. In merito Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 257; 18 luglio 2017, n. 3554.

l'esperimento di procedure di gara quale criterio ordinario di affidamento del servizio di tpl. Il che ha relegato la scelta per la p.A. di ricorrere allo strumento dell'*in house providing* a ipotesi straordinaria e di difficile applicazione, pur in assenza, lo si ribadisce, di un obbligo sovranazionale dal momento che la tesi dell'eccezionalità di questa modalità di gestione non ha trovato riscontro a livello europeo.<sup>48</sup>

Si è trattato, infatti, di una presa di posizione politica da parte del legislatore su cui i giudici si sono espressi in sede di contezioso giurisdizionale.<sup>49</sup>

### 3. Segue. La natura ordinaria dell'affidamento *in house* nella prospettiva del giudice euro-unitario e nazionale

Orbene, la non sussistenza di un particolare vincolo euro-unitario circa l'obbligo per gli Stati membri di procedere all'affidamento dei servizi in materia di tpl tramite gara rappresenta un'occasione per le Amministrazioni di decidere in seguito a proprie valutazioni se optare per l'affidamento *in house* o ricorrere, viceversa, al mercato.

A questo riguardo, la dottrina e la giurisprudenza europea parlano di "principio di libera amministrazione" in base al quale non vi è distinzione tra le due soluzioni poc'anzi prospettate. Sicché la decisione di istituire una gerarchia tra ricorso al mercato, inteso quale regola generale, e ricorso all'autoproduzione o auto-organizzazione anche per il settore del trasporto pubblico locale sembra doversi ricondurre esclusivamente al legislatore italiano.

Infatti, a partire dalla fine degli anni Novanta, l'obiettivo del legislatore italiano consiste nel ridurre sensibilmente – se non nell'annichilire – i margini di discrezionalità delle pubbliche Amministrazioni specialmente nel settore economico, di cui il servizio di trasporto pubblico locale rappresenta sicuramente una parte considerevole. In sostanza, il legislatore, esortato dai plurimi ammonimenti provenienti da alcune frange istituzionali estranee al circuito politico, preferisce investire le Amministrazioni di compiti limitati alla mera predisposizione delle procedure necessarie affinché gli operatori economici privati possano competere e aggiudicarsi le gare e i relativi contratti di servizio di tpl. Questo corrisponde a un atteggiamento di netta sfiducia verso l'operato delle Amministrazioni e, inevitabilmente, della politica *tout-court*.<sup>50</sup>

48. Sul punto C. VOLPE, *L'affidamento in house di servizi pubblici locali e strumentali*, cit.

49. Sull'incertezza che ha riguardato l'affidamento *in house* A. DISCIASCIO, *In house providing, società pubbliche joint venture e affidamenti ad imprese collegate*, in F. CARINGELLA, M. GIUSTINIANI, P. MANTINI (a cura di), *I contratti pubblici. Trattato sistematico sulla contrattualistica pubblica*, Napoli, 2021, p. 243 ss.; H. BONURA, M. VILLANI, *Ancora sull'eccezionalità del ricorso all'in house: una possibile rilettura alla luce della giurisprudenza più recente*, in *Rivista della Corte dei conti*, III, 2020, p. 18 ss.

50. Sulla necessità che la politica riacquisti la propria capacità "di scelta" e sulla necessità che le pubbliche Amministrazioni tornino a esercitare il loro potere discrezionale, da ultimo, F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale n. 132 del 2024: dalla responsabilità amministrativa per colpa grave al risultato amministrativo*, in *federalismi.it*, XIX, 2024, p. 132 ss.

Così, nel procedere alla riforma dei contratti pubblici e nel rinnovare la disciplina dell'*in house providing*, nel 2016 il legislatore inserisce l'obbligo di comparazione tra le contrapposte soluzioni di gestione del servizio di tpl: l'*in house providing* da una parte e il ricorso al mercato dall'altra, riconoscendo quest'ultimo quale modalità di affidamento principale.

Più precisamente, l'art. 192, comma secondo, del Codice dei contratti pubblici previgente dispone che ai fini di dell'affidamento *in house* di un contratto avente ad oggetto servizi disponibili sul mercato in regime di concorrenza, le stazioni appaltanti effettuano preventivamente la valutazione sulla congruità economica dell'offerta dei soggetti *in house*, avuto riguardo all'oggetto e al valore della prestazione, dando conto nella motivazione del provvedimento di affidamento delle ragioni del mancato ricorso al mercato, nonché dei benefici per la collettività della forma di gestione prescelta, anche con riferimento agli obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio, nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche.<sup>51</sup>

Dunque, nel redigere la nuova normativa sui contratti pubblici il legislatore del 2016 ha posto su un piano spiccatamente asimmetrico l'affidamento previo espletamento della procedura a evidenza pubblica e l'affidamento diretto da parte della p.A. a un proprio organismo da essa controllato, esprimendo una chiara preferenza per il primo. Così facendo il legislatore ha enfatizzato il proprio *favor* verso il mercato e la promozione della concorrenza anche in un settore particolare come quello del trasporto pubblico locale, verso cui, giova ricordarlo, financo le istituzioni euro-unitarie si sono ben guardate dall'imporre incondizionatamente la concorrenza stessa. Tutt'altro. Come cercato di evidenziare, il legislatore euro-unitario ha mantenuto una certa prudenza nei

51. Così art. 192, comma secondo, d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50. In merito, M.F. TROPEA, *Affidamento in house del servizio di trasporto pubblico locale*, cit., p. 424, rileva che l'art. 192, comma secondo, del vecchio Codice "colloca gli affidamenti *in house* su un piano subordinato ed eccezionale rispetto agli affidamenti tramite gara di appalto: i) consentendo tali affidamenti soltanto in caso di dimostrato fallimento del mercato rilevante, nonché ii) imponendo comunque all'Amministrazione che intenda operare un affidamento in regime di delegazione inter-organica di fornire una specifica motivazione circa i benefici per la collettività connessi a tale forma di affidamento". Cfr. G. URBANO, *L'affidamento in house*, cit., p. 51, rileva che "la disposizione sembra richiedere la valutazione di congruità economica dell'offerta come momento preliminare e di autonomo valore giuridico, ma a ben vedere tale valutazione non può che essere parte della più generale evidenza delle ragioni del mancato ricorso al mercato. Inoltre, l'utilizzo della congiunzione "nonché" ripetuta per due volte sembrerebbe fare riferimento a profili motivazionali aggiuntivi rispetto alla valutazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato, ma in realtà i profili richiamati [...] sono aspetti intrinseci di tale valutazione [...] In realtà, le obiettive incongruenze lessicali riscontrate dovrebbe favorire una lettura d'insieme basata sul senso complessivo della disposizione piuttosto che su una sua scomposizione letterale atomistica. In questa prospettiva, il fattore dell'economicità o del costo del servizio non dovrebbe avere un valore "preventivo" né più in generale privilegiato, ma andrebbe diluito nella valutazione complessiva previa ragionevole ponderazione rispetto agli altri fattori qualitativi o finalistici". Sull'onere motivazionale ai sensi del Codice del 2016 B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., p. 1301, sostiene che esso risultava oneroso "non tanto per la motivazione, comunque necessaria, dell'atto di affidamento, ma per l'attività istruttoria che essa implicava e che si è spesso tradotta in lavoro per consulenti giuridici ed economici e in corrispondenti spese per le amministrazioni, più che in un miglioramento del processo decisionale".

confronti del settore del tpl, rimettendo alla discrezionalità degli Stati membri la decisione in merito alle modalità di affidamento dei relativi servizi.

In questo il legislatore italiano ha rivelato la sua “ossessione” verso il principio di libera concorrenza, spingendosi oltre le prescrizioni euro-unitarie e finendo per ergere la concorrenza medesima non più a strumento per conseguire un risultato amministrativo ottimale, bensì a vero e proprio fine dell’azione amministrativa.<sup>52</sup>

Tuttavia, nonostante i plurimi tentativi del legislatore e un iniziale orientamento in questo senso da parte del giudice amministrativo, il ricorso al mercato non è stato unanimemente interpretato dalla giurisprudenza quale modalità di affidamento dotata di primarietà rispetto allo strumento dell’*in house providing*, finendo per divenire una modalità esattamente paritaria e corrispondente all’opzione dell’autoproduzione.

A questo riguardo, il giudice amministrativo ha sostenuto l’ordinarietà del ricorso all’*in house providing* da parte della p.A. in ragione della normativa euro-unitaria in materia, per esattezza ai sensi dell’art. 5, paragrafo secondo, del richiamato Regolamento n. 1370/2007, e, di riflesso, l’assenza di uno specifico dovere in capo all’Amministrazione di procedere a una previa comparazione tra modalità di affidamento giacché la modalità da essa prescelta, e cioè l’affidamento diretto, è riconosciuta come ordinaria.

Pertanto, essa non necessita di alcuna comparazione dacché, in alternativa, verrebbe privata della sua ordinarietà equiparabile alla possibilità per la p.A. di affidarsi al mercato.<sup>53</sup> Non solo, ma nella stessa occasione il giudice amministrativo ha altresì evidenziato che dal combinato disposto tra l’art. 192, comma secondo, e l’art. 18, comma primo, lett. a), di cui al d.lgs. n. 50/2016 emergono profili di contraddittorietà, dal momento che quest’ultimo esclude dalla propria applicazione espressamente,

52. D’altra parte, la (super) primarietà della concorrenza, quale principio fondamentale direttamente tutelato dall’art. 41 Cost., è stata, di recente, ribadita dalla Corte cost., 23 novembre 2021, n. 218. Tuttavia, questo indirizzo affonda le proprie radici lontane nel tempo, già nella sentenza del 2 dicembre 1982, n. 223, i giudici costituzionali ebbero modo di precisare che la libera concorrenza “integra la libertà di iniziativa economica che spetta nella stessa misura a tutti gli imprenditori” e che detta libertà “è diretta alla protezione della collettività, in quanto l’esistenza di una pluralità di imprenditori, in concorrenza tra loro, giova a migliorare la qualità dei prodotti e a contenerne i prezzi”. Esprime delle criticità in merito alla possibilità per i pubblici poteri di conformare la libertà d’impresa e di iniziativa economica privata al fine di tutelare il gioco della libera concorrenza, anche in relazione allo schema dell’*in house providing*, C. SERENI LUCARELLI, *Riflessioni sul principio di concorrenza tra PNRR, affidamenti in house e libertà d’impresa*, in *MVNVS – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, II, 2022, p. 388, secondo cui la tutela della concorrenza e l’apertura al mercato rappresentano solo uno dei fattori determinanti nei rapporti giuridici tra soggetti, sicché “la comprensibile esigenza di soddisfare il principio della concorrenza non può cioè condurre a soluzioni concretamente lesive dell’interesse dell’imprenditore. Ferma la legittima preoccupazione che nelle concessioni affidate senza gara possa determinarsi una sostanziale situazione di monopolio della domanda in grado di alterare la concorrenza, con un aumento dei costi per la gestione della stessa concessione e la traslazione oneri sugli utenti e i contribuenti, occorre tener conto anche dell’interesse dell’imprenditore, attenuando la radicalità dell’obbligo di esternalizzazione, se del caso attraverso una modulazione dei tempi, ovvero limitandolo ed escludendolo”.

53. Così Cons. Stato, sez. V, 6 luglio 2020, n. 4310.

ai sensi del menzionato Regolamento europeo in materia, le concessioni di servizi di trasporto pubblico locale di passeggeri.<sup>54</sup>

Inoltre, l'esonero dall'applicazione dalle norme in materia di procedura a evidenza pubblica per i servizi di tpl troverebbe una conferma anche all'interno della disciplina nazionale, in particolare nell'art. 61 della l. 23 luglio 2009, n. 99 (*Disposizioni per lo sviluppo e l'internalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*), secondo cui anche in deroga alla disciplina di settore, le pubbliche Amministrazioni competenti all'aggiudicazione di contratti di servizio di trasporto pubblico locale possono avvalersi delle previsioni di cui all'art. 5, paragrafo secondo, del Regolamento n. 1370/2007/CE.

Sicché il giudice nazionale, recependo le indicazioni del legislatore euro-unitario e della Corte di giustizia in materia di tpl, ha inteso ragionevolmente far valere il carattere speciale della normativa di cui al Regolamento n. 1370/2007 rispetto alle previsioni generali della direttiva n. 2014/24/UE e di quelle concernenti gli affidamenti in house di cui al precedente Codice dei contratti pubblici del 2016.

Questo ha consentito la piena e pacifica parificazione tra affidamento diretto e affidamento in seguito all'espletamento di procedure a evidenza pubblica per quanto concerne i servizi di tpl, rimettendo alle opportune valutazioni e decisioni della singola Amministrazione locale la modalità ritenuta maggiormente corrispondente agli interessi della collettività.

Si tratta di un orientamento che sembra essersi consolidato solo parzialmente all'interno delle novità legislative del 2022 concernenti il riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, le quali hanno riguardato anche il settore del tpl e la relativa possibilità per gli Enti locali di affidare a società *in house* lo svolgimento del servizio.

#### 4. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 201/2022

L'emanazione del decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201 (*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*), in vigore a partire dal 31 dicembre) interessa direttamente il settore dei servizi del trasporto pubblico locale e la relativa possibilità per le p.A. di procedere all'affidamento *in house*. A riguardo, obiettivo del legislatore è quello di elaborare una disciplina dei servizi pubblici locali omogenea e che fornisca le indicazioni necessarie sulle modalità di gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale.<sup>55</sup>

54. *Ibidem*. Sul punto, *ex plurimis*, C.P. GUARINI, *Una nuova stagione per l'in house providing? L'art. 192, co. 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, tra dubbi di legittimità costituzionale e sospetti di incompatibilità eurounitaria*, in *federalismi.it*, VIII, 2019, p. 2 ss.

55. Sulla riforma dei servizi pubblici locali, senza presunzione di completezza, R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit.; R. VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali. Aggiornato al d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201*, cit.; P. CHIARULLI, *Il d.lgs. 201/2022 e il riordino dei servizi pubblici locali*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, II, 2023, p. 295 ss.; S. TORRICELLI, *La istituzione del servizio pubblico e il riallineamento del sistema dei servizi pubblici locali*, in *Ivi*, p. 319 ss.; N. RANGONE, *La*

Le disposizioni del decreto n. 201/2022 si applicano a tutti i servizi di interesse economico generale prestati a livello locale, in grado dunque di integrare le normative dei singoli settori. L'art. 4 del decreto precisa che in caso di contrasto tra questo e singole normative di settore prevalgono le norme del primo, operando come *lex specialis*, salvo lo stesso decreto non preveda espressamente la prevalenza di norme specifiche della singola normativa di settore.

Quanto alle modalità di gestione, l'art. 14 del decreto elenca tassativamente le modalità di gestione dei servizi pubblici di interesse economico generale che gli Enti locali possono impiegare, ovvero l'affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica nel rispetto del diritto UE (art. 15); affidamento a società mista (art. 16); affidamento a società *in house* (art. 17); gestione in economia o mediante aziende speciali limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete (art. 114 del TUEL).

Sempre l'art. 14, al secondo comma, prevede che ai fini della scelta della modalità di gestione del servizio e della definizione del rapporto contrattuale, l'Ente locale e gli altri enti competenti tengono conto delle caratteristiche tecniche ed economiche del servizio da prestare, inclusi i profili relativi alla qualità del servizio e agli investimenti infrastrutturali, della situazione delle finanze pubbliche, dei costi per l'ente locale e per gli utenti, dei risultati prevedibilmente attesi in relazione alle diverse alternative, anche con riferimento a esperienze paragonabili, nonché dei risultati della eventuale gestione precedente del medesimo servizio sotto il profilo degli effetti sulla finanza pubblica, della qualità del servizio offerto, dei costi per l'ente locale e per gli utenti e degli investimenti effettuati.<sup>56</sup>

Dalla lettura della norma non sembra potersi evincere alcuna gerarchia o distinzione tra modelli di gestione ordinari e straordinari per la prestazione dei servizi pubblici locali di interesse economico generale. Qualunque sia la modalità di gestione prescelta dall'Ente locale, quest'ultimo deve considerare i profili appena menzionati. In questo senso la norma legislativa funge da parametro di riferimento per l'esercizio del potere discrezionale.

Per quanto concerne il ricorso all'*in house providing* e ai profili che più interessano questa sede devono ora considerarsi gli artt. 17 e 32 del d.lgs. n. 201/2022. Il primo si occupa di definire e disciplinare il modello dell'auto-organizzazione,<sup>57</sup> il secondo si occupa delle disposizioni di coordinamento in materia di tpl. L'affidamento *in house* di cui all'art. 17 si distingue dalle modalità di affidamento a società mista e dall'affidamento mediante procedura a evidenza pubblica sotto un profilo di rilevante importanza.

*qualità "tecnologica" dei servizi pubblici locali. Implicazioni e prospettive*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, I, 2024, p. 93 ss.; S. SILEONI, *Dalla teoria alla pratica: i principi della riforma dei servizi pubblici locali e le regole sulle forme di sostegno agli utenti*, in *MVNVS – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, II, 2024, p. 1 ss.

56. Sull'art. 14 del d.lgs. n. 201/2022, cit., M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione del servizio pubblico locale*, cit., p. 227 ss.

57. Dovendosi precisare che l'auto-organizzazione amministrativa "è riferibile ai rapporti, come l'*in house*, che sono interorganici, ma non intersoggettivi. L'interazione amministrativa si riferisce ai rapporti intersoggettivi tra diverse pubbliche amministrazioni, come gli accordi di cooperazione". Così G. URBANO, *L'affidamento in house*, cit., p. 45.

La norma, infatti, impone all'Ente locale che intenda procedere all'affidamento *in house* di motivare – qualora si tratti di prestazioni per importi superiori alle soglie di rilevanza europea – in modo qualificato la deliberazione, dando espressamente conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato ai fini di un'efficiente gestione del servizio, illustrando i benefici per la collettività della forma di gestione prescelta con riguardo agli investimenti, alla qualità del servizio, ai costi dei servizi per gli utenti, all'impatto sulla finanza pubblica, nonché agli obiettivi di universalità, socialità, tutela dell'ambiente e accessibilità dei servizi, anche in relazione ai risultati conseguiti in eventuali pregresse gestioni *in house*.

In altri termini, tramite l'inserimento dell'art. 17 del d.lgs. n. 201/2022, il legislatore, si è detto, cerca di limitare e restringere l'ambito e i margini del ricorso allo schema dell'*in house providing* sottoponendo l'Amministrazione a un onere motivazionale qualificato che impone il dovere di dimostrare i benefici in favore della collettività che deriverebbero dalla gestione *in house*, l'impatto sulle casse pubbliche, la qualità dei servizi prestati, i costi per gli utenti e gli obiettivi di natura universale, sociale e ambientale che la modalità prescelta sarebbe in grado di conseguire anche alla luce di precedenti gestioni. Simile onere non è rinvenibile nelle disposizioni precedenti riguardanti l'affidamento mediante procedura a evidenza pubblica o a società mista, il che sarebbe da ricondurre all'intenzione del legislatore di adottare una disciplina dei servizi pubblici locali di interesse economico in linea con un indirizzo maggiormente proconcorrenziale.<sup>58</sup>

Inoltre, la norma in esame, al terzo comma, prevede che il contratto di servizio debba essere stipulato decorsi sessanta giorni dall'avvenuta pubblicazione della deliberazione di affidamento *in house* presso il sito dell'ANAC, precisando che tale obbligo sia esteso a tutte le fattispecie di affidamento *in house* al di sopra delle soglie fissate a livello europeo, compresi gli affidamenti di cui all'art. 32 del decreto concernente il settore del tpl.<sup>59</sup>

Nella formulazione del comma, il legislatore ritiene opportuno specificare che l'obbligo di cui al secondo comma dell'art. 17 debba estendersi a tutte le ipotesi di affidamento *in house*, specificando separatamente che detto obbligo riguardi anche i servizi prestati nell'ambito del trasporto pubblico locale. Questo probabilmente perché il settore del tpl, da tempi remoti, è stato caratterizzato da numerose e diverse deroghe rispetto all'applicazione indistinta della concorrenza nel mercato. Non è un caso che molte eccezioni siano state previste dallo stesso legislatore euro-unitario specificamente per il settore del tpl, si pensi a quanto previsto dal Regolamento n. 1370/2007/CE più volte richiamato.

58. In questa direzione A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati richiesti per l'affidamento a società in house di attività aventi rilevanza economica e affidamenti in house "convenzionali"*, in *federalismi.it*, XXIX, 2023, p. 39 ss.

59. Con riferimento al settore del trasporto pubblico locale, sebbene l'art. 32 "fa salve anche le (ulteriori) modalità di gestione e affidamento del servizio "indicate dalla normativa europea di settore, nei casi e nei limiti dalla stessa previsti": in particolare continuano ad essere consentiti gli affidamenti diretti ai sensi del Regolamento (CE) n. 370/2007 [...] In ogni caso, in tali ipotesi, trova applicazione non solo la disciplina che deve accompagnare ogni scelta sulle modalità di gestione ai sensi dell'art. 14, commi 2 e 3, ma anche lo specifico meccanismo procedurale previsto dall'art. 17, comma 3, in relazione agli affidamenti *in house*". Così M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione*, cit., p. 238.

Tuttavia, il legislatore italiano non sembra aver colto il margine di discrezionalità riconosciuto dal Regolamento europeo di settore circa la possibilità di elaborare una disciplina in materia di tpl che potesse celermente e senza oneri procedurali aggravati e/o qualificati favorire un agevole ricorso all'affidamento *in house* da parte degli Enti locali. Questo sembra piuttosto aver preferito riservare alla figura dell'affidamento *in house* un iter tipizzato, che l'Ente locale deve osservare al fine della legittimità del procedimento e che consiste nel dovere di allegare una motivazione qualificata.<sup>60</sup>

A riguardo, è stato ragionevolmente obiettato che l'onere di motivazione risulta essere più gravoso rispetto financo a quello previsto dalla disciplina generale dei contratti pubblici del 2016 (e anche del 2023), dal momento che viene recuperato l'obbligo di dare conto delle ragioni del mancato ricorso al mercato. Il rischio però è che anche questi elementi della motivazione si traducano più in spese per consulenti che in un effettivo miglioramento del processo decisionale.<sup>61</sup>

In merito, ciò che deve rilevarsi è che, sebbene il legislatore abbia mostrato la sua propensione a restringere i margini di scelta degli affidamenti diretti per le Amministrazioni locali mediante l'obbligo per queste ultime di rispettare i requisiti motivazionali prima ancora dell'adozione del decreto n. 201/2022,<sup>62</sup> l'obbligo di motivazione, seppur qualificato, in concreto non necessariamente può rivelarsi sempre un ostacolo insormontabile al ricorso all'affidamento *in house*.

D'altra parte, tale onere potrebbe essere interpretato quale necessità da parte del legislatore di evitare che gli Enti locali, nell'esercizio di un potere libero e a tratti arbitrario piuttosto che discrezionale, deliberino per una modalità di gestione che non risponda alle esigenze della collettività di riferimento, che implichi svantaggi economici per i bilanci pubblici o che non sia idoneo a meglio perseguire l'interesse pubblico.

In altre parole, l'obbligo di motivazione qualificato, inteso in una prospettiva alternativa alla solita che invece tende ad assurgere la concorrenza e il mercato a paradigmi inderogabili e a unico fine dell'attività amministrativa, può rivelarsi funzionale a una maggiore responsabilizzazione dei procedimenti decisionali condotti dagli Enti locali in materia di affidamenti di servizi, ivi compresi quelli inerenti al trasporto pubblico locale.

60. Sul punto W. TROISE MANGONI, *La motivazione qualificata nell'affidamento in house*, in R. VILLATA, S. VALAGUZZA (a cura di), *I servizi pubblici*, cit., p. 307 ss.

61. Così B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., p. 1330 ss., il quale prosegue sostenendo che oltre l'onere di motivazione "il testo unico scoraggia gli affidamenti *in house* anche con altre prescrizioni: il limite di cinque anni alla durata dell'affidamento; la previsione, per i servizi a rete, di un piano economico finanziario asseverato da allegare alla delibera di affidamento; un meccanismo di monitoraggio che impone di motivare annualmente sul meccanismo dell'affidamento".

62. Infatti, detta intenzione si rinviene già all'interno della c.d. legge sulla concorrenza (2021) approvata con l. 5 agosto 2022, n. 118, art. 8, lett. m), in cui il legislatore ha previsto quale criterio direttivo per il riordino dei servizi pubblici locali anche l'estensione "nel rispetto della normativa dell'Unione europea, della disciplina applicabile ai servizi pubblici locali, in materia di scelta della modalità di gestione del servizio e di affidamento dei contratti, anche al settore del trasporto pubblico locale". Come si legge dalla norma, il legislatore ha ricompreso all'interno della legge sulla concorrenza anche il settore del tpl.

Così il dovere di motivare in guisa puntuale, rispettando i requisiti elencati all'interno dell'art. 17 del decreto n. 201/2022, la scelta di affidare direttamente a una società in house la produzione o la organizzazione di un servizio pubblico di interesse economico generale non risulta essere in contrasto con la presente modalità di gestione, sebbene la volontà del legislatore di ridurre oltremodo le fattispecie di affidamenti *in house* in favore dell'esternalizzazione dei servizi agli operatori economici del mercato sembra emergere vistosamente dall'*onus probandi* che la lettera della norma impone alla p.A.

In questa direzione è stato giustamente evidenziato come sia opzione politica qualificante l'aver voluto affermare una connessione stretta tra i valori sociali perseguiti nella disciplina dei servizi pubblici e la concorrenza.<sup>63</sup>

Un'interpretazione eccessivamente restrittiva circa il ricorso all'*in house providing* potrebbe però risultare in contrasto con la stessa previsione legislativa che ha inteso definitivamente equiparare le ipotesi di modalità di gestione (ricorso al mercato, affidamento a società mista e affidamento *in house*) come da tempo elaborato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e del giudice amministrativo italiano.

Per questa ragione, l'onere motivazionale qualificato può anche prestarsi a un'interpretazione che vede nell'affidamento *in house* una decisione amministrativa adottata solo in seguito a un preciso *iter* procedimentale condotto dalla p.A. e in cui essa abbia puntualmente considerato e valutato – e, dunque, motivato – le circostanze e gli interessi che rilevano nella fattispecie concreta e che hanno indotto la stessa a optare per la modalità di gestione prescelta.<sup>64</sup>

Tale procedimento non può che svolgersi in un contesto in cui l'Amministrazione esercita, legittimamente e come meglio crede, il proprio potere discrezionale.

### 5. Le novità introdotte dal d.lgs. n. 36/2023: un parallelismo

L'alternanza escludente tra ricorso al mercato e ricorso all'*in house providing*, come cercato di evidenziare in precedenza, è stato uno dei temi principali posti al centro delle decisioni giurisprudenziali sia a livello europeo che interno, ma essa ha riguardato anche i processi legislativi che hanno condotto Parlamento e Governo a redigere dapprima il decreto di riordino dei servizi pubblici essenziali, di poi il nuovo Codice dei contratti pubblici adottato mediante il d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. In quest'ultimo il legislatore vi ha previsto una serie di novità nel tentativo di agevolare le procedure di aggiudicazione e di esecuzione dei contratti pubblici alla luce delle esigenze ravvisate dal legislatore euro-unitario in seguito alle conseguenze arrecate dalla pandemia da Covid-19.

63. Così A. LALLI, *In house: un istituto ancora controverso in ambito nazionale*, in *MVNVS – Rivista giuridica dei servizi pubblici*, III, 2023, p. 266.

64. In questo senso M. CLARICH, A. MOLITERNI, *Scelta della modalità di gestione*, cit., p. 244, rilevano che la motivazione qualificata “è senza dubbio uno strumento fondamentale al fine di favorire un utilizzo più razionale (e consapevole) del modello *in house* [...]”.

L'esigenza di rivedere la disciplina dei contratti pubblici sembra doversi ricondurre principalmente alla difficoltà per le stazioni appaltanti di eseguire in modo efficiente, efficace e tempestivo i contratti, ravvisando non pochi problemi in relazione alle procedure di indizione della gara, di aggiudicazione e di esecuzione dell'appalto.

A questo proposito, i nodi e gli ostacoli erano noti da tempo, a cominciare dall'inerzia e dalla paura dei funzionari amministrativi nelle fasi di aggiudicazione e stipula del contratto nota alla cronaca anche come "paura della firma". Tuttavia, tra le cause maggiormente avvertite e connotanti il problema dell'esecuzione efficace e tempestiva dei contratti è stata ravvisata l'eccessiva enfaticizzazione del concetto di concorrenza e la conseguente applicazione di questo principio in modo indistinto e pervasivo all'interno di ogni ambito dei contratti pubblici.

Questo atteggiamento volto a presentare la concorrenza come un vero e proprio dogma intangibile e non suscettibile di revisione ha condotto il legislatore del 2023, in preda alla crisi pandemica e alla contestuale e inevitabile crisi economica, a intraprendere un importante mutamento di paradigma, al fine di semplificare e accelerare gli affidamenti nel settore delle concessioni e degli appalti pubblici. A tale proposito, lo stesso legislatore ha ravvisato la necessità di "demitizzare" il principio di libera concorrenza, il quale aveva oramai assunto le sembianze di vero e proprio fine e non, invece, di strumento ritenuto idoneo alla conclusione del miglior contratto possibile.<sup>65</sup> D'altra parte, un eccessivo quanto dannoso appiattimento da parte dell'Amministrazione in favore della concorrenza rischia di risultare in contrasto con il principio costituzionale del buon andamento di cui all'art. 97 Cost.

Non solo, ma l'eccessiva sfiducia nei confronti della politica e, di riflesso, dell'operato della p.A. e dei suoi funzionari, e l'aver erto il principio di libera concorrenza a fine – piuttosto che a strumento – dell'attività amministrativa hanno impedito all'Amministrazione di esercitare quel potere discrezionale che la legge del Parlamento, di volta in volta e a seconda delle circostanze, le conferisce.

Così il legislatore del 2016 nel generale clima di sfiducia ha contestualmente attribuito all'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) sia la funzione di prevenzione della corruzione sia il compito di regolare e vigilare il settore dei contratti pubblici. Il che ha provocato una torsione funzionale della disciplina dei contratti pubblici molto forte, ora superata, da cui è scaturita una sorta di ostilità nei confronti della discrezionalità.<sup>66</sup>

Nella medesima direzione, come è stato obiettato, alla discrezionalità amministrativa si è sostituita, molto spesso, la discrezionalità dell'interprete incerto e confuso,<sup>67</sup> in grado di alterare l'ordinario processo delle dinamiche afferenti all'attività amministrativa, finendo per relegare l'esercizio del potere discrezionale dell'Amministrazione a ipotesi soltanto eventuale. In questo

65. Così Camera dei Deputati, 5 gennaio 2023, "Relazione agli articoli e agli allegati", p. 13.

66. Così F. FRACCHIA, *Il principio del risultato*, in R. URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024, p. 13 ss.

67. Così F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023, p. 4.

quadro, per lungo tempo, si è insediato e sviluppato “l’attacco alla discrezionalità” quale fenomeno non soltanto giuridico, ma anche, se non soprattutto, sociale e culturale.<sup>68</sup>

Tra le principali novità introdotte dalla disciplina del 2023 deve segnalarsi sinteticamente l’enunciazione all’interno dei primi dieci articoli dei principi che debbono informare l’attività delle stazioni appaltanti nelle fasi di aggiudicazione ed esecuzione dei contratti, in cui primeggiano il principio del risultato, il principio della fiducia verso l’operato della p.A. e il principio di accesso al mercato.<sup>69</sup>

Più precisamente, il legislatore ha inteso accordare al principio del risultato un valore, quantomeno dal punto di vista formale, primario, dal momento che, come previsto dall’art. 1 del Codice, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti sono chiamati al perseguimento del risultato, dunque, 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.<sup>70</sup>

68. Riprendendo le parole di F. CINTIOLI, *La sentenza della Corte costituzionale*, cit., p. 127.

69. In questo senso E. FOLLIERI, *I contratti pubblici riformati*, in *giustamm.it*, V, 2023, ha parlato, in relazione ai principi di risultato, fiducia e accesso al mercato, di “super principi” proprio per rimarcare l’importanza e la primarietà rispetto ai principi che seguono.

70. Lo stesso articolo, nei commi successivi, dispone che 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” e “criterio prioritario per l’esercizio del potere discrezionale e per l’individuazione della regola del caso concreto”. Sul principio del risultato in dottrina, senza presunzione di completezza, S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di Codice dei contratti pubblici*, in <https://spec.unibo.it/spisa/it/risorse-online/relazioni-book-contributi/perongini-sergio-il-principio-del-risultato-e-il-principio-di-concorrenza-nello-schema-definitivo-di-codice-dei-contratti-pubblici-pdf.pdf>, 2022, p. 1 ss.; G. MONTEDORO, *La funzione nomofilattica e ordinante e i principi ordinatori del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; G. MORBIDELLI, *Intorno ai principi del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *MVNVS - Rivista giuridica dei servizi pubblici*, III, 2023, p. V ss.; F. CINTIOLI, *Il principio del risultato*, cit. p. 1 ss.; F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L’avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l’equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell’economia*, I, 2023, p. 31 ss.; R. GRECO, *Principio del risultato e tutela della legalità nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023; B.G. MATTARELLA, S. CASTROVINCI ZENNA, *Principio del risultato*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 3 ss.; A. SANDULLI, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Diritto pubblico*, II, 2024, p. 349 ss.; M. ABBRUZZESE, *Effettività della tutela e principio del risultato nel processo amministrativo*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2024; M.R. SPASIANO, *Dall’amministrazione di risultato al principio di risultato del Codice dei contratti pubblici: una storia da scrivere*, in *federalismi.it*, IX, 2024, p. 206 ss.; P. MARZARO, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici: la funzione nomopoietica del consiglio di stato per un ‘nuovo paradigma’ di amministrazione*, in *Il diritto dell’economia*, III, 2024, p. 441 ss.; F. FRACCHIA, *Il principio del risultato*, cit., p. 13 ss. F. CONTE, *Il principio del risultato e della digitalizzazione nel processo di riforma della pubblica amministrazione*, in *Amministrativ@mente*, III, 2024, p. 1290 ss.; G. TAGLIANETTI, *Contratti pubblici e principio del risultato. Profili sostanziali e processuali*, in *federalismi.it*, XIV, 2024, p. 232 ss.

Al principio del risultato si ricollega il principio di auto-organizzazione di cui all'art. 7 del Codice e la conseguente possibilità, dunque, per l'Amministrazione di procedere all'affidamento mediante il ricorso all'*in house providing*.<sup>71</sup> L'intento del legislatore del 2023 è consistito nell'alleggerire gli oneri in favore della p.A. che intenda, nel rispetto dell'ordinamento interno e sovranazionale, ricorrere a meccanismi di autoproduzione e auto-organizzazione piuttosto che rivolgersi al mercato.<sup>72</sup>

In altri termini, il legislatore sembra aver adottato un atteggiamento di favore verso l'affidamento diretto a società *in house* di lavori, servizi e forniture rispetto al passato, in cui invece era solito porre la p.A. a vincoli e oneri alquanto stringenti allorché essa si fosse rifiutata di rivolgersi al

71. La norma dispone: "1. Le pubbliche amministrazioni organizzano autonomamente l'esecuzione di lavori o la prestazione di beni e servizi attraverso l'auto-produzione, l'esternalizzazione e la cooperazione nel rispetto della disciplina del codice e del diritto dell'Unione europea.

2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono affidare direttamente a società *in house* lavori, servizi o forniture, nel rispetto dei principi di cui agli articoli 1, 2 e 3. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti adottano per ciascun affidamento un provvedimento motivato in cui danno conto dei vantaggi per la collettività, delle connesse esternalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche. In caso di prestazioni strumentali, il provvedimento si intende sufficientemente motivato qualora dia conto dei vantaggi in termini di economicità, di celerità o di perseguimento di interessi strategici. I vantaggi di economicità possono emergere anche mediante la comparazione con gli standard di riferimento della società Consip S.p.a. e delle altre centrali di committenza, con i parametri ufficiali elaborati da altri enti regionali nazionali o esteri oppure, in mancanza, con gli standard di mercato.

3. L'affidamento *in house* di servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal decreto legislativo 23 dicembre 2022, n. 201. La cooperazione tra stazioni appaltanti o enti concedenti volta al perseguimento di obiettivi di interesse comune non rientra nell'ambito di applicazione del codice quando concorrono tutte le seguenti condizioni: a) interviene esclusivamente tra due o più stazioni appaltanti o enti concedenti, anche con competenze diverse; b) garantisce la effettiva partecipazione di tutte le parti allo svolgimento di compiti funzionali all'attività di interesse comune, in un'ottica esclusivamente collaborativa e senza alcun rapporto sinallagmatico tra prestazioni; c) determina una convergenza sinergica su attività di interesse comune, pur nella eventuale diversità del fine perseguito da ciascuna amministrazione, purché l'accordo non tenda a realizzare la missione istituzionale di una sola delle amministrazioni aderenti; d) le stazioni appaltanti o gli enti concedenti partecipanti svolgono sul mercato aperto meno del 20 per cento delle attività interessate dalla cooperazione".

72. Come evidenzia B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., p. 1326, l'affidamento *in house* "è una delle opzioni consentite alle amministrazioni, alle quali l'articolo vuole innanzitutto riconoscere autonomia. Il cambio di atteggiamento nei confronti dell'istituto è evidente. Rimane, è vero, l'onere di motivazione aggravata, ma un po' alleggerito rispetto alle previsioni del precedente codice: non è più richiesta l'indicazione delle ragioni del mancato ricorso al mercato. È scomparso, inoltre, il riferimento all'offerta dell'organismo *in house* [...] Un'ulteriore semplificazione, a sua volta espressione del mutato atteggiamento del legislatore, è la soppressione dell'elenco ANAC". Sul recente dialogo tra CGUE e giudice amministrativo in relazione al ricorso all'*in house providing* e a una visione dello stesso "risultatistica" e "sostanzialistica" – come di recente prospettata dalla decisione del Cons. Stato, sez. IV, 20 novembre 2023, n. 9933 – si consideri E. GIOVANNELLI, *Specificazioni per la prosecuzione degli affidamenti in house in caso di aggregazioni societarie. Spunti di riflessione sui rapporti tra giudice nazionale e Corte di giustizia*, in *Amministrativ@mente*, III, 2024, p. 1156 ss.

mercato. Per questa ragione, nel contesto italiano l'impiego dell'*in house* è stato interpretato, fino a tempi recenti, quale modello di gestione eccezionale per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, mentre il ricorso al mercato quale modalità di gestione ordinaria.<sup>73</sup>

Il nuovo art. 7 viceversa cerca di introdurre un significativo mutamento di paradigma, consentendo alla p.A. di optare – in seguito all'esercizio del proprio potere discrezionale e nel rispetto dei limiti posti dalla stessa norma – per gli affidamenti diretti in luogo dell'aggiudicazione previo esperimento di apposite procedure competitive senza incorrere in alcuna violazione. A questo proposito, il nuovo Codice sembra aver meglio funzionalizzato il principio di libera concorrenza, rendendolo effettivamente strumentale al conseguimento dell'interesse pubblico e, dunque, del risultato rispetto alla disciplina previgente in cui, viceversa, la concorrenza aveva assunto le sembianze di un super principio talvolta fine a sé stesso.<sup>74</sup>

Non è da escludersi che una tale apertura in favore del ricorso a meccanismi di auto-organizzazione e autoproduzione sia stata ispirata anche dall'esperienza riguardante il settore del trasporto pubblico locale, laddove legislatore e giurisprudenza euro-unitari hanno riconosciuto ampi margini di scelta agli Stati membri circa le modalità di gestione di suddetti servizi, specialmente per le difficoltà che il mercato può rinvenire nel soddisfare gli interessi della collettività.

La precedente scelta però di restringere il campo dell'affidamento *in house* anche per quanto concerne i servizi di tpl, come si evince dalla normativa di cui al d.lgs. n. 201/2022, induce a ritenere che il tentativo di agevolare gli affidamenti diretti all'interno della disciplina dei contratti pubblici derivi piuttosto dall'esigenza del legislatore di attuare il PNRR e adempiere agli obblighi assunti in sede euro-unitaria.

Come evidenziato però il nuovo Codice dei contratti pubblici non riconosce all'Amministrazione un potere libero di scelta in merito alla possibilità di procedere ad affidamenti *in house* piuttosto che ricorrere al mercato. Infatti, l'art. 7 subordina il ricorso all'*in house providing* da parte della p.A. al rispetto di determinati requisiti, il che sembra confermare il tentativo di uniformazione di questo modello di gestione da parte del legislatore.

Più precisamente, l'art. 7, al di là del dovere di osservanza dei principi di cui ai primi tre articoli (risultato, fiducia, accesso al mercato), impone all'Amministrazione di motivare la decisione con la quale essa intende procedere all'affidamento diretto piuttosto che indire una procedura a evidenza pubblica, dovendo allegare le ragioni dei vantaggi per la collettività, delle connesse ester-

73. Sulla necessità di limitare il ricorso all'*in house providing* e di favorire, viceversa, l'apertura del mercato e la concorrenza per gli operatori economici F. TRIMARCHI BANFI, *La gestione dei servizi pubblici locali e la tutela della concorrenza*, in *Amministrare*, III, 2010, p. 339 ss.

74. Secondo F. FIGORILLI, *L'in house providing fra discrezionalità vincolata e autorganizzazione alla luce delle recenti riforme del legislatore*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, II, 2023, p. 352 ss., invece, non vi sarebbe stato alcun cambiamento sostanziale rispetto alla disciplina previgente di cui all'art. 192, comma secondo, del vecchio Codice, giacché l'unica novità contenuta all'interno della nuova normativa sui contratti pubblici sarebbe rappresentata dal superamento dell'obbligo previsto dalla precedente disciplina in ordine alla comunicazione preventiva all'ANAC della volontà di affidare alle sole società *in house* registrate nell'elenco predisposto da tale Autorità lo svolgimento di un servizio pubblico locale.

nalità e della congruità economica della prestazione, anche in relazione al perseguimento di obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità della prestazione, celerità del procedimento e razionale impiego di risorse pubbliche che il ricorso all'autoproduzione garantirebbe rispetto al contrapposto ricorso al mercato.<sup>75</sup>

Quanto alla scelta del modello di gestione, è stato evidenziato come il vero criterio dirimente per la scelta amministrativa tra autoproduzione e ricorso al mercato risieda nella presenza nel caso concreto di esigenze che vanno al di là della prestazione considerata nel suo profilo strettamente economico, esigenze che non possono essere soddisfatte se non con la creazione, attraverso l'affidamento *in house*, di un valore sociale aggiunto per la collettività di riferimento.<sup>76</sup>

In sostanza, la norma attribuisce senz'altro alla p.A. la possibilità di poter ordinariamente optare per il modello gestionale *in house* per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture,<sup>77</sup> ma al contempo impone alla stessa Amministrazione un onere motivazionale che si è anche definito "rafforzato",<sup>78</sup> giacché la scelta della p.A. deve tener conto e provare la sussistenza dei requisiti or ora richiamati.<sup>79</sup> Di talché, parimenti con quanto cercato di introdurre all'interno della disciplina del tpl nazionale,<sup>80</sup> il legislatore italiano ha preferito in ogni caso inserire nel dettato normativo alcune limitazioni al

75. Art. 7, comma secondo, d.lgs. n. 36/2023, cit.

76. Così A. ZITO, *Principio di auto-organizzazione amministrativa*, in A. BOTTO, S. CASTROVINCI ZENNA (a cura di), *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, Torino, 2024, p. 78.

77. Cfr. A. LALLI, *In house*, cit., p. 270 ss., secondo cui, invece, non pare possibile parlare di "equiordinazione" tra affidamento *in house* e ricorso al mercato in relazione al nuovo Codice dei contratti pubblici.

78. Di recente, in questo senso, A. MALTONI, *Oneri motivazionali differenziati*, cit., p. 38 ss.

79. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Ambiguità e vicende degli affidamenti in house*, cit., p. 1335, secondo cui la disciplina generale dell'*in house* del Codice "impone ormai solo un onere motivazionale, più o meno intenso in relazione al tipo di attività. Questa scelta non appare felice, né in termini di efficacia né in termini di rispetto dell'autonomia delle amministrazioni".

80. A questo proposito, Corte cost. 27 maggio 2020, n. 100, con cui il giudice delle leggi, pronunciandosi su una questione di legittimità costituzionale sollevata dal TAR Liguria in riferimento alla possibile violazione dell'art. 76 Cost. da parte del d.lgs. n. 50 del 2016 di recepimento delle direttive appalti del Parlamento europeo e del Consiglio, nella parte in cui esso prevede (art. 192, co. 2) l'obbligo dell'amministrazione di motivare la scelta di affidare un determinato servizio *in house*, benché l'art. 1, co. 1 della legge delega (legge n. 11 del 2016) prevedesse alla lett. a) il divieto del c.d. *gold plating*, ossia di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee, ha dichiarato (sentenza n. 100 del 5 maggio 2020) non fondata tale questione, perché la disposizione censurata – rivolgendosi all'amministrazione e seguendo una direttrice pro-concorrenziale, volta ad allargare il ricorso al mercato – non viola quel divieto, dal momento che la *ratio* di quest'ultimo è impedire l'introduzione, in via legislativa, di oneri amministrativi e tecnici ulteriori rispetto a quelli previsti dalla normativa dell'Unione, che riducano la concorrenza in danno delle imprese e dei cittadini. Il divieto in esame va infatti interpretato in una prospettiva di riduzione degli "oneri non necessari" e non di abbassamento del livello di quelle garanzie che salvaguardano altri valori costituzionali – nel caso di specie la trasparenza amministrativa e la tutela della concorrenza – in relazione ai quali le esigenze di massima semplificazione e efficienza sono recessive. La specificazione introdotta dal legislatore delegato – secondo la Corte – deve ricondursi all'esercizio dei normali margini di discrezionalità ad esso spettanti nell'attuazione del criterio di delega, ne rispetta la *ratio* ed è coerente con il quadro normativo di riferimento. La pronuncia è stata

ricorso all'*in house providing* che non sembrano provenire dal diritto euro-unitario quanto piuttosto dall'immanente propensione del primo a estendere indistintamente l'applicazione del dogma concorrenziale a tutti i settori dell'economia,<sup>81</sup> dal momento che, ad esempio, lo stesso legislatore euro-unitario ha precisato all'interno della direttiva n. 2014/24/UE sugli appalti pubblici che nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici.<sup>82</sup>

A ciò si sono sommati in Italia, nel corso degli ultimi anni, i plurimi interventi espressione della funzione sublegislativa o di *advocacy* e consultiva da parte di alcune autorità amministrative indipendenti, si pensi alle linee guida ANAC verso cui talora il Consiglio di Stato è intervenuto per circoscrivere l'ambito di intervento dell'Autorità ed evitare non utili ingerenze all'interno della sfera legislativa.<sup>83</sup>

Così, se da una parte il legislatore ha inteso semplificare il ricorso all'*in house providing* nella disciplina dei contratti pubblici attribuendogli al contempo la valenza di principio, eliminando l'onere per la p.A. di dimostrare la sussistenza di una situazione tipica di fallimento del mercato<sup>84</sup> e l'obbligo per le imprese *in house* di registrarsi presso l'apposito registro (ora abrogato) custodito dall'ANAC,

commentata, *ex plurimis*, da M. TRIMARCHI, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali (nota a Corte costituzionale 27 maggio 2020, n. 100)*, in *giustiziainsieme.it* dell'11 giugno 2020; M. PAOLELLI, *Divieto di gold plating e affidamento in house providing: costituzionalmente legittima la previsione dell'obbligo per le Stazioni appaltanti di motivare le ragioni del mancato ricorso al mercato*, in *Rivista della Corte dei conti*, III, 2020, p. 82 ss.; G. RIVELLINI, *Il divieto di gold plating e il problema della sua giustiziabilità in Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, III, 2021, spec. p. 846 ss., in cui l'Autore richiama la pronuncia del Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2020, n. 4943, in cui i giudici hanno chiarito che il divieto di *gold plating* "non ha un fondamento costituzionale e, non essendo un canone imposto dall'Unione europea, da un lato, non può valere neppure quale parametro interposto ex art. 117 comma 1, Cost., dall'altro, non può mai impedire aggravamenti procedurali o regolatori se strumentali alla protezione di valori costituzionali".

81. Infatti, lo stesso art. 7, comma terzo, d.lgs. n. 36/2023, dispone che l'affidamento *in house* dei servizi di interesse economico generale di livello locale è disciplinato dal d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201, il cui art. 17 prevede l'obbligo per la p.A. di allegare una motivazione qualificata qualora essa deliberi di optare per il sistema di autoproduzione in alternativa al ricorso al mercato.

82. Considerando n. 5, direttiva n. 2014/24/UE, cit.

83. Il riferimento è ad ANAC, 20 settembre 2016, n. 7, "*Linee Guida per l'iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house previsto dall'art. 192 del d.lgs. 50/2016*" oggetto di intervento da parte del Cons. Stato, Commissione speciale, 1° febbraio 2017, n. 282 come ricorda G. URBANO, *L'affidamento in house*, cit., p. 67.

84. Sulla ricorrente espressione "fallimento di mercato" G. URBANO, *Gli affidamenti in house*, cit., p. 52, obietta che essa utilizzata "per sintetizzare l'onere motivazionale legate alle ragioni del mancato ricorso al mercato appare di dubbia pertinenza e, dunque, equivoca. Infatti, quest'ultima espressione si addice più propriamente ad alcune previsioni del passato che richiedevano la previa verifica dell'incapacità del mercato di adempiere agli obiettivi qualitativi e finalistici auspicati". L'Autore riprende Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682; Cons. Stato, sez. IV, 19 ottobre 2021, n. 7023.

dall'altra, invece, il permanere in capo alla p.A. di un obbligo di motivazione rafforzato rappresenta un limite (che può però rivelarsi anche benefico come cercato di evidenziare per l'affidamento *in house* disciplinato dal d.lgs. n. 201/2022) all'esercizio del suo potere discrezionale.<sup>85</sup>

Per cercare di offrire un quadro della disciplina maggiormente esaustivo, prima di effettuare delle brevi conclusioni in argomento, utile è richiamare parte del recente lavoro svolto dalla giurisprudenza amministrativa in merito ad alcune decisioni adottate dagli Enti locali che hanno affidato a società *in house* lo svolgimento di servizi nel settore del tpl extraurbano.

## 6. Il ricorso all'*in house* e il recente orientamento del giudice amministrativo

Nel 2024 il giudice amministrativo è tornato in più occasioni a pronunciarsi in merito alla possibilità per le pubbliche Amministrazioni di procedere, nell'ambito dei servizi di tpl, ad affidamenti diretti mediante il ricorso all'*in house providing* piuttosto che effettuare procedure di gara aperte alla concorrenza tra operatori economici. È d'uopo precisare che le pronunce che ora si passano in rassegna hanno a oggetto affidamenti diretti nel settore del tpl extraurbano in favore di società *in house*, disposti entrambi *ante* entrata in vigore del d.lgs. n. 201/2022. Nella seconda delle due pronunce che ci si accinge a osservare però in discussione vi è la scelta da parte della Regione di affidare parte delle linee che erano state inizialmente destinate a operatori privati all'esito di un confronto competitivo.

Orbene, con sentenza n. 1671/2024 il Consiglio di Stato, confermando la decisione del giudice di prime cure, ha giudicato legittimo il ricorso all'*in house providing* per i servizi di tpl extraurbano da parte del Comune di Genova dopo aver revocato le procedure competitive su due diversi lotti. La decisione del Comune è stata contestata e impugnata da una società interessata ad aggiudicarsi l'appalto di servizi dapprima dinanzi al TAR Liguria, di poi dinanzi al Consiglio di Stato.

Tra le doglianze mosse nei confronti della decisione di primo grado, la società ricorrente ha lamentato la mancata comparazione tra le modalità di gestione dell'affidamento, avendo l'Amministrazione revocato le procedure competitive inizialmente avviate, l'assenza di motivazione sulle ragioni per cui non si sia fatto ricorso al mercato, l'assenza in capo alla società *in house* del requisito

85. In merito alle novità apportate dal nuovo Codice concernenti il ricorso all'*in house providing* secondo M. TIBERII, *Il fondamento normativo o consensuale dell'in house*, cit., p. 1346, ne consegue "un'impostazione che sembra più simile a quella del diritto comunitario, nella misura in cui la scelta tra autoproduzione e esternalizzazione appare adesso quasi paritaria, superandosi alcuni dei dubbi di legittimità che erano stati formulati. Tuttavia, come è stato evidenziato, si tratta di una parità solo tendenziale, considerato che mentre il ricorso al mercato non richiede alcuna motivazione, la scelta dell'affidamento diretto a una società *in house* comporta ancora l'onere di una motivazione puntuale". L'Autore richiama le riflessioni di A. GIORDANO, *Principio di auto-organizzazione amministrativa*, in C. CONTESSA, P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici. Annotato articolo per articolo. D lgs. 31 marzo 2023 n. 36*, Napoli, 2023, p. 159, sostiene che "il nuovo codice pone, invece, ricorso al mercato e auto-produzione su una curva di indifferenza, coerentemente con i principi del risultato e della fiducia nell'azione amministrativa (non a caso richiamati dallo stesso co. 2 della norma in commento)", e A. MASSARI, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2023, p. 69.

del controllo analogo<sup>86</sup> e la violazione del principio di concorrenza di cui all'art. 107 TFUE. Prima di giungere all'adozione della propria decisione, il Consiglio di Stato ha sospeso il processo in attesa della pronuncia da parte della CGUE su una richiesta di rinvio pregiudiziale effettuata dallo stesso giudice nazionale.<sup>87</sup>

86. Requisito che tuttavia il giudice amministrativo, proprio in riferimento alla società *in house* titolare dei servizi di tpl, ha ritenuto sussistente già in Cons. Stato, n. 4310, cit., essendo “il Comune di Genova, titolare di una partecipazione pressoché totalitaria (94,94%) al capitale sociale della Azienda Mobilità e Trasporti del potere di nomina della maggioranza degli amministratori della società partecipata [...]”.

87. Si fa riferimento all'ordinanza del Cons. Stato, sez. VI, 7 marzo 2022, n. 1620, in cui il giudice amministrativo ha posto i seguenti quesiti al giudice euro-unitario: “se l'art. 1, paragrafo 2, del regolamento 1370/2007/CE deve essere interpretato nel senso che osta all'applicazione del regolamento 1370/2007/CE all'esercizio di servizi pubblici nazionali e internazionali di trasporto multimodale di passeggeri, in cui, da un lato, il servizio pubblico di trasporto assume natura unitaria ai fini dell'aggiudicazione e viene fornito con tramvia, funicolare e funivia, dall'altro, il trasporto su rotaia assorbe oltre il 50% del servizio complessivamente e unitariamente affidato al gestore; b) in caso di riscontro negativo al primo quesito, ove si ritenga applicabile il regolamento n. 1370 cit. anche all'esercizio di servizi pubblici nazionali e internazionali di trasporto multimodale di passeggeri, in cui, da un lato, il servizio pubblico di trasporto assume natura unitaria ai fini dell'aggiudicazione e viene fornito con tramvia, funicolare e funivia, dall'altro, il trasporto su rotaia assorbe oltre il 50% del servizio complessivamente e unitariamente affidato al gestore, si chiede ulteriormente “se l'art. 5, paragrafi 1 e 2, del regolamento n. 1370/2007 deve essere interpretato nel senso di imporre, anche in relazione all'aggiudicazione diretta ad un operatore interno di un contratto di servizio pubblico comprendente il trasporto di passeggeri con tram, una verifica sulla forma giuridica assunta dall'atto di affidamento, con l'effetto di escludere dall'ambito di applicazione dell'art. 5, paragrafo 2, cit. gli atti che non assumano la forma di contratti di concessione di servizi”; c) in caso di riscontro positivo al secondo quesito, si chiede ulteriormente se l'art. 5, paragrafo 1, lett. b) e comma 2, direttiva 2014/23/UE deve essere interpretato nel senso che deve essere escluso il trasferimento all'affidatario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi qualora il contratto oggetto di affidamento: 1) si basi sul *gross cost*, con l'imputazione della titolarità dei ricavi in capo all'Ente affidante; 2) preveda in favore del gestore, quali ricavi di gestione, unicamente un corrispettivo versato dall'Ente affidante, commisurato ai volumi di esercizio erogato (con esclusione, dunque, del rischio di domanda); 3) lasci in capo all'ente affidante il rischio operativo di domanda (per la riduzione dei corrispettivi in ragione di una riduzione dei volumi di servizio oltre predefiniti limiti), il rischio normativo (per modifiche legislative o regolatorie, nonché per ritardato rilascio di autorizzazioni e/o certificazioni da parte di soggetti competenti), il rischio finanziario (per il mancato o ritardato pagamento dei corrispettivi, oltre che per il mancato adeguamento dei corrispettivi), nonché il rischio per cause di forza maggiore (derivante dall'alterazione non prevedibile delle condizioni di svolgimento del servizio); nonché 4) trasferisca all'ente affidatario il rischio operativo dell'offerta (per variazioni dei costi dei fattori non controllabili dall'operatore – energia, materie prime, materiali), il rischio per relazioni industriali (derivante dalle variazioni del costo del personale ai sensi della contrattazione collettiva), il rischio gestionale (discendente da una dinamica negativa dei costi operativi per errate stime previsionali), nonché il rischio socio-ambientale (derivante da eventi accidentali in corso di esecuzione su beni funzionali per l'erogazione del servizio); d) infine, si chiede se gli artt. 107, paragrafo 1, TFUE e 108, paragrafo 3, TFUE devono essere interpretati nel senso che, nell'ambito di un'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri disposta da un'autorità competente a livello locale in favore di un operatore interno, configura un aiuto di Stato soggetto al procedimento di controllo preventivo di cui all'art. 108, paragrafo 3, TFUE una compensazione di obblighi di servizio pubblico calcolata sulla base di costi di gestione che, pure correlati alle prevedibili esigenze di servizio, sono, da un lato, costruiti tenendo conto dei costi storici del servizio reso dal gestore uscente, affidatario di una concessione di servizi prorogata per oltre dieci

Successivamente al deposito della decisione della CGUE sulla richiesta di rinvio pregiudiziale,<sup>88</sup> i giudici di Palazzo Spada hanno trattenuto in decisione la causa, respingendo l'appello proposto dalla società ricorrente. In particolare, per quanto rileva in questa sede, il giudice amministrativo ha precisato, forse una volta per tutte, che nel settore del trasporto pubblico locale l'*in house providing* è una modalità ordinaria di affidamento dei servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato.

Ciò si evince, argomenta il Consiglio di Stato, non solo dall'art. 5, secondo paragrafo, dal più volte menzionato Regolamento n. 1370/2007, ma anche dall'altrettanto ricordato art. 18, comma primo, lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 allorché esso esclude dalla propria applicazione le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del Regolamento europeo. Inoltre, i giudici evidenziano come tale esonero sia stato confermato dal legislatore nazionale anche all'interno della nuova disciplina sui contratti pubblici, nell'art. 149, comma quarto.<sup>89</sup>

L'impugnazione proposta dalla ricorrente offre l'opportunità al Consiglio di Stato di ribadire che l'art. 192, comma secondo, della previgente normativa sugli appalti pubblici non trova applicazione nel settore dei servizi di tpl, giacché la regola che esso contiene riguarda l'obbligo per la p.A. di comparare le modalità di gestione dell'affidamento diretto rispetto al ricorso al mercato che, invece, l'Amministrazione non è tenuta a effettuare nel caso in esame. Infatti, nella fattispecie non è previsto un rapporto di regola ed eccezione fra le contrapposte modalità di gestione.<sup>90</sup>

A quanto appena illustrato devono aggiungersi la situazione peculiare del Comune di Genova, per la quale il legislatore ha adottato una normativa di carattere emergenziale in seguito al crollo del ponte Morandi, sostenendo la legittimità del ricorso all'*in house providing* senza che ciò comportasse la perdita dei trasferimenti statali prevista dall'art. 27 del d.l. 24 aprile 2017, n. 50,<sup>91</sup> e la

anni, dall'altro, rapportati a costi o corrispettivi pur sempre relativi al precedente affidamento o, comunque, concernenti parametri standard di mercato riferibili alla generalità degli operatori di settore”.

88. CGUE, 19 ottobre 2023, C-186/22, *Sad Trasporto Locale SpA c. Provincia autonoma di Bolzano*.

89. Così Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2024, n. 1671.

90. *Ibidem*, in cui viene richiamata la pronuncia della CGUE, C-515/18, cit.

91. È quanto disposto dall'art. 27, comma secondo, lett. c) del d.l. 24 aprile 2017, n. 50, che ha differito al 31 dicembre 2019 l'efficacia della norma, prevedendo che alla ripartizione del Fondo nazionale per il consorzio finanziario dello Stato debbono essere applicati determinati criteri tra cui l'applicazione di “una riduzione annuale delle risorse del Fondo da trasferire alle regioni qualora i servizi di trasporto pubblico locale e regionale non risultino affidati con procedure di evidenza pubblica entro il 31 dicembre dell'anno precedente a quello di riferimento, ovvero ancora non ne risulti pubblicato alla medesima data il bando di gara, nonché nel caso di gare non conformi alle misure di cui alle delibere dell'Autorità di regolazione dei trasporti adottate ai sensi dell' articolo 37, comma 2, lettera f), del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, qualora bandite successivamente all'adozione delle predette delibere. La riduzione si applica a decorrere dall'anno 2023. In ogni caso la riduzione di cui alla presente lettera non si applica ai contratti di servizio affidati in conformità alle disposizioni, anche transitorie, di cui al regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, e alle disposizioni normative nazionali vigenti. La riduzione, applicata alla quota di ciascuna regione come determinata ai sensi del presente comma, è pari al 15 per cento del valore dei corrispettivi dei contratti di servizio non affidati con le predette procedure; le risorse derivanti da tale riduzione sono ripartite tra le altre regioni con le medesime modalità;

relativa inapplicabilità di quest'ultima previsione normativa, limitatamente ai servizi di tpl, in seguito all'estensione dello schema dell'*in house providing* a livello nazionale approvata mediante decreto legge nel 2018.<sup>92</sup>

In relazione alla competenza circa gli affidamenti dei servizi di tpl, il Consiglio di Stato precisa che essa sia generalmente strutturata su base provinciale e che, nel caso concreto, la legge regionale n. 33/2013 stabilisce che i Comuni esercitano le funzioni di organizzazione dei servizi di trasporto pubblico comunale per quanto di rispettiva pertinenza.<sup>93</sup>

In sostanza, il Consiglio di Stato sembra aver sgomberato il campo interpretativo in merito alla modalità di gestione *in house* da qualsivoglia equivoco circa la legittimità della decisione adottata dall'Amministrazione e la relativa compatibilità non solo con la normativa euro-unitaria, su cui già da tempo non si nutrivano dubbi, ma anche con la normativa interna.

Infine, concludendo sul punto, giova evidenziare che il giudice amministrativo ha approfittato della questione sottopostagli anche per rimarcare che nei casi in cui sia in discussione la mancata o inesatta comparazione, da parte dell'Amministrazione, tra l'affidamento in seguito allo svolgimento di una procedura competitiva e affidamento *in house*, tale comparazione non è idonea a configurarsi quale onere in capo alla p.A. qualora siano in discussione concessioni in materia di servizi di trasporto pubblico locale ai sensi della nuova normativa sui Contratti pubblici.<sup>94</sup>

Analogamente a quanto deciso dal Consiglio di Stato, di recente il TAR del Lazio ha pronunciato una sentenza avente a oggetto una controversia vertente su una deliberazione di Giunta regionale volta alla ricognizione dei servizi di linea di tpl affidati a concessionari privati e non ricompresi all'interno del contratto di affidamento *in house* stipulato dalla stessa Regione con la società pubblica affidataria della gran parte dei restanti servizi di linea.<sup>95</sup> La controversia ha dunque riguardato la mera ricognizione delle sette linee di servizio extraurbano per trasporto di passeggeri su strada non rientranti nell'affidamento e nel contratto di concessione stipulato tra l'Ente regionale e la società *in house*.<sup>96</sup>

d) mediante destinazione annuale dello 0,105 per cento dell'ammontare del Fondo, e comunque nel limite massimo di euro 5,2 milioni annui, alla copertura dei costi di funzionamento dell'Osservatorio di cui all'articolo 1, comma 300, della legge 24 dicembre 2007, n. 244".

92. Art. 21-bis, d.l. 23 ottobre 2018, n. 119, "Disposizioni urgenti in materia fiscale e finanziaria", come ricordato da Cons. Stato, n. 1671, cit.; n. 4310, cit.

93. Cons. Stato, n. 1671, cit.

94. Il riferimento è all'art. 149, comma quarto, d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, secondo cui restano "escluse dall'applicazione delle disposizioni del codice le concessioni di servizi di trasporto aereo sulla base di una licenza di gestione a norma del Regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008 e le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007".

95. TAR Lazio, sez. V, 15 luglio 2024, n. 14395.

96. L'affidamento è avvenuto mediante delibera di Giunta Regionale, 29 dicembre 2022, n. 1252.

Un operatore economico controinteressato ha pertanto impugnato dinanzi al giudice amministrativo la delibera di Giunta Regionale, 22 dicembre 2023, n. 939, “*Linee di indirizzo per riprogrammare e ricondurre tutti i servizi di trasporto pubblico interregionale, di competenza della Regione Lazio e soggetti ad obblighi di servizio pubblico di interesse regionale, al contratto di servizio in essere con COTRAL S.p.A. relativo al TPL automobilistico extraurbano di interesse regionale*”, atta a dare attuazione alla riprogrammazione dei servizi di tpl regionale e a realizzare un servizio unitario e integrato, sostenendo l’omesso espletamento di una procedura aperta e competitiva e la conseguente violazione del principio di libera concorrenza.

Nel riepilogare le situazioni di fatto e di diritto, il giudice di prime cure rileva come in base all’art. 3 della legge regionale 16 luglio 1998, n. 30, i servizi di trasporto pubblico locale sono distinti in servizi di linea comunali, provinciali e regionali. I servizi di linea regionali comprendono anche i servizi di linea interregionali su strada che collegano il territorio regionale con quello di una regione limitrofa. Inoltre, la legge riconosce alla Regione Lazio i compiti di programmazione dei servizi di tpl in un’ottica unitaria e integrata, attribuendo all’Ente il compito di perseguire gli obiettivi di efficienza ed economicità nella gestione dei servizi.

Sulla base della normativa appena descritta, la p.A. ha disposto all’interno del provvedimento di affidamento che la gestione del servizio di tpl extraurbano avvenisse mediante contratto di servizio *net cost*, ovvero sia prevedendo un corrispettivo calcolato al netto dei ricavi da titoli di viaggio, il cui rischio commerciale fosse a carico della società *in house*. Lo stesso accordo è stato sottoposto al parere dell’Autorità di Regolazione Trasporti (ART) di concerto all’intera documentazione a base dell’affidamento.<sup>97</sup>

Sicché l’obiettivo di riprogrammare in modo unitario e integrato il servizio di tpl a livello extraurbano ha indotto la Regione a adottare delle linee di indirizzo, sfociate nella deliberazione di Giunta del 29 dicembre 2023 n. 939, affinché fosse possibile effettuare una ricognizione generale inerente ai servizi di tpl affidati agli operatori economici diversi dalla società *in house* e, di conseguenza, procedere all’affidamento diretto in favore di quest’ultima anche dei restanti e fino ad allora esclusi sette servizi di linea. In subordine, deve evidenziarsi come la Regione non ha allo stesso tempo provveduto alla revoca degli affidamenti dei servizi concernenti le linee interregionali *de quibus*. Per quanto invero concerne il tpl urbano e interurbano il legislatore regionale non ha inteso programmare i servizi in modo unitario e integrato, ma ha ritenuto opportuno procedere alla suddivisione dei diversi bacini territoriali al fine di rimettere alla valutazione anche dei singoli Comuni la possibilità di indire procedure competitive in alternativa all’affidamento diretto dei servizi. Per questa ragione, rileva il giudice amministrativo, la scelta della Regione di affidare i servizi urbani e interurbani delle unità di rete mediante procedure competitive evidenzia la volontà di non sottrarre

97. È quanto richiesto dalla deliberazione, 28 novembre 2019, n. 154, “*Misure per la redazione dei bandi e delle convenzioni relativi alle gare per l’assegnazione dei servizi di trasporto pubblico locale passeggeri svolti su strada e per ferrovia e per la definizione dei criteri per la nomina delle commissioni aggiudicatrici, nonché per la definizione degli schemi dei contratti di servizio affidati direttamente o esercitati da società in house o da società con prevalente partecipazione pubblica*”.

*a priori* il settore del tpl al mercato, ma di applicare, viceversa, le varie modalità di gestione di affidamento previste dal legislatore.<sup>98</sup>

Giungendo brevemente all'analisi dei motivi di impugnazione proposti dalla società ricorrente, il TAR ha ravvisato la carenza di interesse della società e la relativa inidoneità del provvedimento impugnato a ledere nell'immediato la situazione giuridica soggettiva della stessa, giacché la deliberazione di Giunta deve essere intesa quale atto meramente endoprocedimentale, e cioè atto strumentale all'adozione di altro e diverso provvedimento (finale).<sup>99</sup> Il che, ha ribadito il giudice, lo si rinviene all'interno dell'oggetto dello stesso atto impugnato, il quale parla appunto di "*Linee di indirizzo*".

In altri termini, la deliberazione di Giunta in esame è volta esclusivamente ad avviare un procedimento al fine di valutare la concreta opportunità di innovare il quadro delle linee interregionali di competenza della Regione Lazio.

Tuttavia, come anticipato, la società ricorrente ha altresì contestato la violazione del principio di libera concorrenza per aver la Regione omesso l'espletamento delle procedure a evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi di linea interregionali del caso. In relazione a tale censura in punto di diritto la risposta del TAR sembra esattamente ripercorrere i precedenti, anche più recenti, del Consiglio di Stato, ribadendo che nel settore del trasporto pubblico locale l'*in house providing* rappresenta una modalità ordinaria di affidamento dei servizi, perfettamente alternativa al ricorso al mercato, secondo quanto previsto dall'art. 32 del d.lgs. 23 dicembre 2022, n. 201 "*Riordino dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*", il quale richiama espressamente il Regolamento europeo in materia di servizi pubblici di trasporti di passeggeri su strada.

Parimenti, il TAR ha precisato che oggi l'art. 149, comma quarto, del nuovo Codice dei contratti pubblici – e in precedenza l'art. 18, comma primo, lett. a) della disciplina previgente – esclude dalla propria applicazione le concessioni di servizi di trasporto pubblico di passeggeri ai sensi del richiamato Regolamento europeo, ribadendo pertanto la non sussistenza di alcun obbligo in capo alla p.A. di procedere a una comparazione tra modalità di gestione in house e ricorso al mercato, poiché nel settore del tpl non è previsto un rapporto di regola ed eccezione fra il primo e il secondo.

Di conseguenza, sembra essere pacifico l'orientamento adottato dalla giurisprudenza amministrativa in merito alla possibilità per l'Amministrazione, nell'ambito dell'erogazione di servizi di

98. Così TAR Lazio, n. 14395 cit.

99. *Ibidem*, il giudice amministrativo specifica che la deliberazione "costituisce un atto endoprocedimentale espressione del potere della Regione Lazio, riconosciuto dall'art. 1, comma 1, lett. d) della l.r. n. 30/98, di promuovere "[...] lo sviluppo ed il miglioramento del sistema del trasporto pubblico locale, inteso quale trasporto pubblico regionale, provinciale e comunale [...] anche attraverso "l'incentivazione ed il miglioramento della mobilità extraurbana, mediante il riassetto dell'intera rete e la riorganizzazione dei servizi, anche per assicurare l'integrazione tra i diversi modi di trasporto" con la conseguenza che il gravame proposto risulta inammissibile per carenza di interesse concreto ed attuale delle ricorrenti, anche tenuto conto della circostanza che nell'attuale esercizio finanziario l'ente regionale ha nuovamente effettuato l'impiego di spesa in bilancio in favore delle ricorrenti per garantire la regolarità del servizio in atto".

tpl, di ricorrere allo schema dell'*in house providing* quale modalità di gestione ordinaria, senza soggiacere ad alcun obbligo di previa indizione di apposita procedura a evidenza pubblica o di comparazione con il modello del ricorso al mercato.

## 7. Osservazioni di sintesi

I modelli di gestione di affidamento dei servizi nell'ambito del trasporto pubblico locale sembrano aver assunto una più dettagliata fisionomia dopo il recente decreto legislativo n. 201/2022. La normativa nazionale tenta di offrire una disciplina degli affidamenti dei servizi di tpl maggiormente ordinata e sistematica.

Più precisamente, come ricordato, l'intervento legislativo ha posto su un piano di parità le diverse modalità di affidamento, senza prefigurare alcuna gerarchia.<sup>100</sup> A questo riguardo, il legislatore sembra accogliere con favore l'ultimo orientamento del giudice amministrativo che, a più riprese, ha qualificato l'affidamento *in house* come un'ordinaria modalità di gestione dei servizi, parificandola quindi alla gestione affidata mediante una procedura di gara aperta e trasparente.

Tuttavia, la disciplina di riordino dei servizi pubblici locali pare abbia ridisegnato i confini dell'affidamento *in house* nell'ambito del trasporto pubblico locale, un settore nel quale sovente gli Enti locali hanno usufruito di deroghe alla disciplina concorrenziale, come osservato soprattutto a livello euro-unitario, e caratterizzato da incertezze normative che hanno agevolato l'affidamento diretto di servizi da prestare alla collettività. In particolare, si è constatato come tale modalità di affidamento sia stata legittimata direttamente dall'art. 5, par. 2, del Regolamento CE n. 1370/2007, che non preclude agli Stati membri la possibilità di produrre e organizzare direttamente i servizi di tpl.

Nel corso del tempo però il legislatore italiano ha cercato di restringere l'ambito di applicabilità del Regolamento europeo e della relativa facoltà per gli Enti locali di procedere ad affidamenti diretti, facendo in modo che anche i servizi inerenti al tpl venissero sottoposti alle ordinarie dinamiche del mercato retto dal gioco concorrenziale.

Sicché, il tentativo posto in essere dalla disciplina di riordino dei servizi pubblici locali del 2022 sembra collocarsi in quest'ultima direzione, prevedendo da una parte l'ordinarietà delle diverse modalità di affidamento – sancendo una volta per tutte la natura ordinaria dell'*in house providing* al pari del ricorso al mercato –, dall'altra, invece, essa prevede per il solo affidamento *in house* un obbligo di motivazione qualificato per l'Ente che intenda direttamente prestare il servizio, specificando che tale onere sussiste anche allorché la modalità di gestione *in house* per cui ha optato l'Amministrazione abbia a oggetto servizi rientranti nell'ambito del tpl.

100. Cfr. A. LALLI, *In house*, cit., p. 268, rileva invece che nel quadro giuridico vigente l'ente pubblico "è considerato il responsabile politico-amministrativo del servizio pubblico cui spettano principalmente poteri di regolazione e controllo, più che di gestione diretta (articoli 6, 7 e 8). Quest'ultima è lasciata preferenzialmente alle imprese sul mercato. Solo quando il gioco della concorrenza tra le imprese sul mercato si dimostri inidoneo o insufficiente a realizzare in modo ottimale il servizio pubblico – e di questo l'ente pubblico deve dare prova – allora si ammette l'intervento pubblico e quindi può legittimarsi anche l'*in house*".

In sostanza, il legislatore italiano pare abbia definitivamente aderito a un'impostazione pro-concorrenziale in materia di affidamento dei servizi di tpl, non avendo ritenuto opportuno accogliere la deroga riservata dal legislatore euro-unitario in favore di questo settore.<sup>101</sup> D'altronde, la scelta legislativa è stata altresì favorita dall'intervento della Corte costituzionale del 2020, in cui i giudici hanno escluso la configurabilità di un divieto di *gold plating*, riconoscendo al legislatore la possibilità di sottoporre anche i servizi *de quibus* al regime concorrenziale, potendo questi prevedere un onere qualificato per gli affidamenti *in house*.<sup>102</sup>

La scelta di introdurre un onere motivazionale qualificato per le fattispecie di affidamenti diretti da parte degli Enti locali in favore di società *in house* anche nell'ambito dei servizi di tpl<sup>103</sup> non è detto che rappresenti necessariamente un ostacolo per il ricorso a questa modalità di gestione, in cui il potere amministrativo si fa direttamente carico dei servizi da erogare in favore della collettività in luogo di un comune operatore del mercato.

Come cercato di evidenziare in precedenza, l'obbligo di motivare dettagliatamente le ragioni dell'affidamento *in house*, nonostante i numerosi e non indispensabili oneri posti in capo agli Enti locali, probabilmente può collocarsi in una direzione di responsabilità dell'Amministrazione, di razionalizzazione della decisione amministrativa e di ottimizzazione dei costi del servizio, che consente di fuoriuscire dalla solita dicotomica diatriba tra affidamento *in house*-ricorso al mercato, tra intervento amministrativo-concorrenza, tra Stato-mercato *lato sensu*. Quest'affermazione sembra essere corroborata dalla decisione del legislatore, e prima ancora della giurisprudenza, di non elaborare una gerarchia tra le possibili modalità di gestione dei servizi, ma di porre le stesse su un piano di parità.<sup>104</sup>

D'altra parte, sarebbe fuorviante – se non paradossale – pensare che nell'arco di brevissimo tempo il legislatore abbia inteso elaborare una disciplina di *favor* per la concorrenza nel settore

101. Probabilmente, si tratta di quella visione che, parallelamente alla critica dello Stato, tende a far prevalere il “pensiero unico del libero mercato concorrenziale considerato preferibile a qualunque ipotesi alternativa di allocazione delle risorse, sia su quelle basate su forme di economia mista che avevano caratterizzato la costruzione di diversi modelli di welfare state, sia quelle basate sull'idea di centralizzazione delle decisioni e di pianificazione economica, che venivano ritenute la causa del fallimento dei tentativi storicamente realizzati del cosiddetto socialismo di Stato”. Così S. MAROTTA, *Il ritorno dell'intervento dello Stato nell'economia: quali strumenti per quali obiettivi*, in *Rivista trimestrale di Scienza dell'Amministrazione. Studi di teoria e ricerca sociale*, I, 2024, p. 2.

102. Il riferimento è alla richiamata pronuncia della Corte cost., 27 maggio 2020, n. 100.

103. Con riferimento al settore del tpl A. LALLI, *In house*, cit., p. 269, rileva che la previsione normativa “stabilita dall'art. 34, d.lgs. n. 201/2022, che pure mostra di tenere in conto la specificità del settore, nondimeno non pare esente da rischi di incompatibilità con il diritto europeo dove in particolare riafferma espressamente l'applicabilità dell'art.14, commi 2 e 3 e dell'art. 17 e cioè le disposizioni che impongono gli obblighi di motivazione aggravata, secondo lo schema a due passaggi illustrato, e l'obbligo di pubblicazione della relazione nella quale l'ente prospetta l'affidamento *in house* prima di procedere al medesimo; vincolo questo che pare in distonia con l'ampia libertà già riconosciuta sul punto dalla Corte di giustizia”.

104. In merito G. FARES, V. LOPILATO, *L'affidamento in house dei servizi pubblici locali*, in R. CHIEPPA, G. BRUZZONE, A. MOLITERNI (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, cit., p. 283 ss.

del trasporto pubblico locale, restringendo di gran lunga il novero delle ipotesi di affidamento dei servizi a società *in house*, e, al contempo, abbia viceversa inteso estendere e semplificare le procedure di affidamento *in house* all'interno della nuova cornice dei contratti pubblici.

In un tale quadro, decisivi potranno rivelarsi le decisioni politiche successivamente adottate e i procedimenti amministrativi condotti dalle Amministrazioni e, inevitabilmente, l'orientamento, o, nella peggiore delle ipotesi, gli orientamenti intrapresi dal giudice amministrativo in sede di contenzioso giurisdizionale.



## La tutela dei passeggeri aerei a seguito della delibera ART n. 92/2024. Un *ne bis in idem* sostanziale tra ART ed ENAC?\*

Gabriele Pisanti

Funzionario presso Enac, Dottore di ricerca Università degli Studi di Roma Tor Vergata

### Abstract

*The protection of air passengers following ART resolution n.92/2024. A substantial ne bis in idem between ART and ENAC?*

*The protection of passengers in Italy is divided between the competences of the Italian Transport Regulation Authority and those of the ENAC. This contribution analyzes the content of the ART resolution n.92/2024, highlighting the problems that this document gives rise to, with particular regard to the potential conflict of competence between ART and ENAC and above all asking whether the provision of automatic compensation for air passengers (in case of failure or late response to their complaint via the Conciliaweb portal by air carriers or airport managers) creates a potential substantial ne bis in idem or is in any case to be considered illegitimate according to the principles of community and national law.*

*La tutela dei passeggeri in Italia è attualmente ripartita tra l'Autorità di regolazione dei trasporti (ART) e l'ENAC. Il presente contributo si concentra sul contenuto della delibera ART n.92/2024, evidenziando le problematiche che tale documento pone, con particolare riguardo al potenziale conflitto di competenze tra ART ed ENAC. Si pone l'attenzione in particolare sulla previsione della compensazione automatica per i passeggeri del trasporto aereo, in caso di mancata o tardiva risposta al proprio reclamo, tramite il portale Conciliaweb da parte dei vettori aerei o dei gestori aeroportuali. È necessario dunque analizzare se tale misura possa costituire un sostanziale (o potenziale) ne bis in idem o è comunque da ritenersi illegittima secondo i principi della normativa comunitaria e nazionale.*

\* Sottoposto a referaggio.

*Key words: Italian Transport Regulation Authority (ART); Italian Civil Aviation Authority (ENAC); Market Regulation; Air Transport Passenger Protection; Substantial ne bis in idem.*

*Parole chiave: Autorità di Regolazione dei Trasporti; ENAC; regolazione dei mercati; tutela dei passeggeri aerei; ne bis in idem sostanziale.*

**Sommario** –1. Introduzione: la difficile delimitazione delle competenze dell’ART nel settore del trasporto aereo. – 2. Le competenze dell’Autorità dei trasporti per la tutela dei passeggeri aerei. – 3. Il ruolo dell’ENAC. – 4. Il contenuto della delibera ART n. 92/2024 – 5. Un *ne bis in idem* tra ART ed ENAC? – 6. Conclusioni: nuove e vecchie problematiche irrisolte.

## **1. Introduzione: la difficile delimitazione delle competenze dell’ART nel settore del trasporto aereo**

La normativa sul trasporto aereo rappresenta una vera e propria sfida per l’interprete in quanto il proprio assetto istituzionale è caratterizzato da una “pletora delle competenze in materia, disperse in una esasperante catena in cui troppi soggetti devono dire la loro, [...], spesso portatori di conflitti di interessi al loro interno”<sup>1</sup> che ha comportato una sostanziale perdita della certezza del diritto.

La sovrapposizione di competenze nel settore non ha eguali rispetto ad altre modalità di trasporto soprattutto per l’alto numero di entità coinvolte nella vigilanza, nella certificazione, nella regolazione<sup>2</sup> e nella disciplina sanzionatoria. Nel corso degli anni infatti, oltre all’ENAC, altre entità

1. Così M. SEBASTIANI, *Come deflazionare la regolazione aeroportuale*, paper pubblicato sulla rivista online Astrid nel 2009, p.21.

2. Sul tema della regolazione i contributi dottrinari sono numerosi. Si vedano ad esempio A. BAGNASCO, *Le basi sociali della regolazione*, in *Stato e mercato*, 2010, p. 3; E. CHITI, *La disciplina procedurale della regolazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p.679; L. DE LUCIA, *La regolazione amministrativa dei servizi di pubblica utilità*, Torino, 2002; L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002; A. LA SPINA e G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; E.M. MARENGHI, *Il diritto ai tempi della crisi: la regolazione possibile*, 2010, p.145; F. MERUSI, *Lo schema della regolazione dei servizi di interesse economico generale*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 313; M. RAMAJOLI, *La regolazione amministrativa dell’economia e la pianificazione economica nell’interpretazione dell’art. 41 Cost.*, in *Dir. amm.*, 2008, 121. Il termine “regolazione” è in sé un’espressione vasta ed indeterminata, si veda a riguardo F. FOLLIERI, *La regolazione economica dei porti e degli aeroporti, tra fallimenti del mercato e fallimenti della regolazione*, in riv. *Il diritto dell’economia*, Modena, fasc. n.3/2017, p.675. Essendo dunque tale concetto ricco di molteplici significati, è corretto affermare come su di essa “sia impossibile condurre un discorso unitario”, come ricorda M. D’ALBERTI, *Riforma della regolazione e sviluppo dei mercati in Italia*, in *Regolazione e concorrenza*, a cura di G. TESAURO e M. D’ALBERTI, Bologna, 2000, pp.171 ss. Un punto di partenza viene offerto dalla definizione che l’OCSE ha fornito in generale su tale concetto, affermando come per regolazione debba intendersi “*the diverse set of instruments by which governments set requirements on enterprises and citizens*”, così il *Report on Regulatory Reform* dell’OCSE, Parigi, 1997. Indubbiamente, si tratta di una nozione fin troppo generica, che “evoca qualsiasi previsione rivolta dai pubblici poteri ai soggetti terzi prescindendo dal

aventi varia natura giuridica, (tra le quali ad esempio l'Enav,<sup>3</sup> l'Ansv<sup>4</sup> e l'associazione Assoclearance<sup>5</sup>) sono andate a formare l'architettura istituzionale del settore aereo fino al 2011: pertanto,

contenuto della disciplina e dai rapporti che in base a questa si instaurano”, così N. RANGONE, voce *Regolazione*, in *Dizionario di Diritto Pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, 2006, p.5057. Per giungere ad una definizione utile di regolazione va dunque ristretto il campo d'analisi e per ottenere tale risultato essa “deve essere precisata sia con riguardo al soggetto che con riguardo all'oggetto”, come ricorda F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in riv. *Dir. econ.*, 2018, p.699. Mentre l'oggetto altro non è che il mercato economico su cui insiste la regolazione, con riguardo al soggetto ci si riferisce all'esercizio da parte di amministrazioni pubbliche di poteri autoritari. Aver circoscritto in tal modo il campo di indagine, conduce alla tradizionale funzione delle pubbliche amministrazioni, ovvero “quella diretta a imporre la propria autorità perché le libertà costituzionali e comunque i diritti dei soggetti dell'ordinamento vengano esercitati senza pericolo per l'esistenza stessa o la salute e comunque per l'esercizio anche delle libertà e dei diritti degli altri”, così sempre F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in riv. *Dir. econ.*, 2018, p.699. Anche tale nozione risulta essere ancora troppo estesa, pur avendo il pregio di aggiungere al termine “regolazione” l'aggettivo “pubblica”: con quest'ultimo si fa riferimento ad un'attività di produzione delle regole compiuta da soggetti di natura non privata per fini di interesse generale, ovvero la tutela del buon funzionamento dei settori economici in chiave concorrenziale: “è questa la cd. “*Economic regulation*” che ha l'obiettivo di aumentare l'efficienza dei mercati nel produrre beni e servizi e che comprende sia le discipline della concorrenza [...] sia le discipline volte a surrogare il normale funzionamento dei mercati”, così sempre F. DE LEONARDIS, *Natura e caratteri degli atti di regolazione pubblica dell'economia*, in riv. *Dir. econ.*, 2018, pp.701-702. È possibile poi circoscrivere ulteriormente il campo d'indagine, limitando l'accezione di regolazione ai soli interventi delle autorità indipendenti: a riguardo si veda ad esempio S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, riv. *Mercato, concorrenza e regole*, fasc. n.2/2002, pp.266 ss., che propone una nozione di regolazione fortemente caratterizzata e circoscritta, (tendenzialmente coincidente con la regolazione condizionale delle autorità indipendenti). Pertanto nel cercare di elaborare una nozione di regolazione economica pubblica accettabile, questa può considerarsi come l'attività di produzione di regole da parte di organismi indipendenti volta al buon funzionamento dei mercati a tutela degli utenti dei servizi che quei settori economici producono. Può altresì ritenersi che la funzione di regolazione “si sostanzia, in definitiva, come la cura di un ambito delimitato di attività umane, finalizzata al perseguimento di obiettivi individuati direttamente dalla legge istitutiva della singola Autorità”, come ricordano G. LEGNINI e D. PICCIONE, *I poteri pubblici nell'età del disincanto*, Roma, 2019, pp.60-66.

3. L'Ente Nazionale di Assistenza al Volo (Enav), inizialmente configurato come un ente pubblico economico, dal 1999 è stato poi trasformato in una società per azioni, le quali sono totalmente possedute dal Ministero dell'Economia e delle Finanze: è stato istituito con la l. n. 665/1996, e come ci ricorda A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico. Lezioni casi e materiali*, Torino, 2009, in quanto “responsabile del controllo del traffico aereo per i voli che interessano lo spazio aereo italiano, è succeduto all'Azienda Autonoma di Assistenza al volo, istituita il 1° gennaio 1982, dopo a soppressione del Commissariato per l'Assistenza al Volo”, (a sua volta costituito con il d.l. 511/1979 per la smilitarizzazione dei servizi di controllo del traffico aereo). L'art. 691 bis del R.D. 327/1942 (Codice della Navigazione), introdotto con il d.lgs. n.96/2005 e successive modificazioni, ha avuto il pregio di ridefinire le competenze in materia tra Enav ed Enac stabilendo che “i servizi della navigazione aerea, nonché la redazione delle carte ostacoli, sono espletati dalla società Enav, per gli spazi aerei e gli aeroporti di competenza. [...]. La società Enav, sotto la vigilanza dell'Enac e coordinandosi con il gestore aeroportuale, disciplina e controlla, per gli aeroporti di competenza, la movimentazione degli aeromobili, degli altri mezzi e del personale sull'area di manovra ed assicura l'ordinato movimento degli aeromobili sui piazzali. [...]”.
4. L'Agenzia Nazionale per la Sicurezza del Volo (Ansv), è stata istituita dal d.lgs. n.66/1999 in attuazione dei dettami della direttiva 94/56/CE del Consiglio del 21 novembre 1994 (in seguito sostituita interamente dal regolamento

anche prima dell'introduzione dell'Autorità dei Trasporti, già si poteva affermare che, con riferimento alla regolazione del settore aereo, la normativa era lo "specchio dell'erraticità e della frammentazione di leggi che si sono accavallate nel tempo, così come della sovrapposizione di competenze [...] disperse tra una pletera di amministrazioni".<sup>6</sup>

Non è dunque agevole districarsi nella stratificazione normativa venutasi a creare: non si è avuto infatti *ab origine* un intervento legislativo volto ad una ripartizione delle competenze, (regolatorie o tecniche a seconda dei casi), e degli ambiti operativi di ciascuno dei soggetti pubblici coinvolti:

(UE) n. 996/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 ottobre 2010). Si tratta di un'entità tecnica, "sottoposta alla vigilanza della Presidenza del Consiglio dei Ministri, con compiti in materia di inchieste su incidenti e inconvenienti nel settore dell'aviazione civile, dotata di personalità giuridica e autonomia amministrativa, regolamentare, patrimoniale, contabile e finanziaria, che opera con indipendenza di giudizio e di valutazione" come ricorda l'art. 1 del d.lgs. 66/1999. Come per l'altro organo deputato alla sicurezza dei trasporti (ferroviari ed autostradali), ovvero la neo istituita Anfsisa (Agenzia Nazionale sicurezza di ferrovie, strade e autostrade creata dal d.l. n.109/2018), anche in tale caso si è scelto il modello dell'agenzia ministeriale, il quale, seppur sottoposto ai poteri di indirizzo e di vigilanza di un ministro ex art.8 del d.lgs. 30 luglio 1999 n.300, "rispetto alle strutture ministeriali [...], accentua la separazione tra politica ed amministrazione, ma rimane il controllo da parte del Governo che nomina i vertici dell'Agenzia", così S. CIMINI, *Il regime giuridico delle concessioni autostradali*, in rivista "Nuove autonomie", n.2/2018, pp. 257-258. Si deve sottolineare come l'Ansv e l'Anfsisa, simili nella loro natura di agenzie governative alla statunitense "National Transportation Safety Board" (NTSB) che si occupa di "accidents in the aviation, highway, marine, pipeline, and railroad modes, as well as accidents related to the transportation of hazardous materials" (come riporta l'Act of Congress on October 15, 1966), non siano purtroppo state ancora riunite in un unico organo deputato alla prevenzione degli incidenti ed alle indagini tecniche a seguito di sinistri su tutte le modalità di trasporto, in un'ottica di razionalizzazione del sistema e di *spending review*: ad esempio non è presente nel nostro Paese un ente autonomo per le indagini su incidenti marittimi, mentre è prevista invece a livello comunitario l'Agenzia europea per la sicurezza marittima o EMSA, istituita nel 2002 con il Reg. (UE) n.1406/2002. A riguardo si vedano le riflessioni di V. BERNABEI e D. ROMAGNOLI, *L'unificazione degli organismi di investigazione sugli incidenti nel settore dei trasporti*, in *Legislation and regulation of risk management in aviation activity*, a cura di F. PELLEGRINO, Torino, 2015, pp.291-292.

5. L'Assoclearance è una associazione di natura privata, con personalità giuridica, indipendente e senza fine di lucro preposta all'esecuzione dei compiti previsti all'articolo 4 del regolamento europeo 95/93 del 18 gennaio 1993 e successive modifiche relativo all'assegnazione delle bande orarie (*slots*): tali compiti le sono stati affidati dal Ministero dei trasporti con il proprio Decreto n. 44/T del 4 agosto 1997, in modo da avere una struttura in grado di gestire la capacità degli aeroporti congestionati sulla base di criteri di assegnazione ispirati a principi di trasparenza, imparzialità e non discriminazione.

6. Così M. SEBASTIANI, *Il settore aeroportuale all'interno del paper L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, a cura di L. TORCHIA, pubblicato sul sito <http://www.astrid-online.it> nel maggio del 2013, p.24. L'autore ci ricorda infatti che oltre all'Enac e al Ministero dei Trasporti, in materia di regolazione aeroportuale intervengono anche il Ministero dell'economia e delle finanze, il Nars, il Cipe e la Presidenza del Consiglio. Anche la materia aerospaziale, che comprende ad esempio il controllo del traffico aereo, non è meno densa di soggetti: oltre a quelli sopra indicati infatti, vanno aggiunte le competenze "del Ministero della Difesa, del Miur, del Mise, [...], dell'Asi, dell'Enav, [...], del Cira", come ricorda P. DI PALMA, in Aa.Vv. *L'attuazione della direttiva 2009/12/CE sui diritti aeroportuali: l'ENAC e l'Autorità di regolazione dei trasporti*, atti del seminario tenutosi a Roma il 26 novembre 2013 e pubblicato nei quaderni ENAC n.1/2014, p. 34.

sussiste dunque ancora una permanente “zona grigia intermedia in cui tendono ad opacizzarsi le formalizzazioni funzionali”<sup>7</sup>

Questo caotico *status quo* paradossalmente si è accentuato con l’istituzione dell’Autorità dei Trasporti, la quale, invece di sostituirsi completamente ad altri enti o uffici, come per il settore ferroviario,<sup>8</sup> si è semplicemente aggiunta: il Legislatore infatti, in base al comma 4 dell’art. 37 del d.l. n.201/2011, facendo salve “tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate nel presente articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati”, non ha fatto altro che sottrarre determinate specifiche competenze,<sup>9</sup> già a suo tempo assegnate ad altri organi, evitando di porre in essere una generale revisione delle competenze regolatorie, determinando incertezze interpretative alle quali si sta cercando di porre rimedio.

Il trasporto aereo, tra i sistemi di mobilità, è quello che presenta particolarità e caratteristiche così peculiari che molti Paesi Europei hanno preferito dedicare una specifica entità indipendente destinata alla sua regolazione e vigilanza:<sup>10</sup> come noto infatti, non sono molti gli esempi comunitari di Autorità dei Trasporti onnicomprensivi su tutti i settori trasportistici.<sup>11</sup>

Inoltre, mentre per le altre modalità di trasporto, si è avvertita nel nostro Paese la necessità di avere un’*Authority* capace di elaborare una regolazione efficace e svincolata da condizionamenti

7. Così A. ZOPPINI, in Aa.Vv. *L’attuazione della direttiva 2009/12/CE sui diritti aeroportuali: l’ENAC e l’Autorità di regolazione dei trasporti*, atti del seminario tenutosi a Roma il 26 novembre 2013 e pubblicato nei quaderni ENAC n.1/2014, p.29.

8. Nel settore ferroviario infatti il Legislatore non ha semplicemente affiancato l’ART ad altri soggetti pubblici addetti alla regolazione del mercato, ma correttamente ha provveduto a sostituirli con quest’ultima: a titolo di esempio si pensi all’Ufficio per la regolazione dei servizi ferroviari (URSF) del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, di cui all’articolo 4, comma 1, lettera c), del regolamento di cui al D.P.R. del 3 dicembre 2008, n. 211, istituito ai sensi dell’articolo 37 del decreto legislativo 8 luglio 2003, n. 188, che è stato soppresso nel momento in cui l’Autorità stessa è entrata in funzione.

9. L’Autorità dei trasporti infatti ha avuto attribuite espressamente soltanto competenze regolatorie relative alla determinazione delle tariffe aeroportuali: tuttavia, come si vedrà nel prosieguo di questo lavoro, anche in questo ambito non sono mancati conflitti di attribuzione e sovrapposizione nei compiti, poiché oltre al ruolo dell’ENAC, l’art. 37 del d.l. n. 201/2011, al comma 6 ha lasciato “ferme le competenze del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, del Ministero dell’economia e delle finanze nonché del CIPE in materia di approvazione di contratti di programma nonché di atti convenzionali”.

10. Nel Regno Unito ad esempio, “l’*Airport Act* del 1986 istituì un’autorità di regolamentazione del settore (Civil Aviation Authority, Caa) indipendente da potere politico”, come ricordano A. BOTTASSO e M. CONTI in *Concorrenza e regolazione nel settore aeroportuale in Europa in Mercato Concorrenza Regole*, fascicolo 1, aprile 2012, p.154. Ancora più emblematico poi il caso della Germania, che “è stata la prima ad istituire un’autorità con competenze generali per le reti”, così M.L. MAGNO, *La regolazione dei trasporti negli Stati Membri in La regolazione dei trasporti in Italia* a cura di F. BASSAN, Torino, 2015, p. 31: tuttavia tale *Authority*, che opera anche nei trasporti, (in particolare nel settore ferroviario), non è onnicomprensiva su tutti gli ambiti della mobilità, non avendo competenze né sul trasporto locale né appunto su quello aereo.

11. Tra gli esempi di Paesi comunitari che hanno istituito Autorità di regolazione indipendenti con competenze su tutte le modalità di trasporto, possiamo ricordare la Svezia, la Danimarca e la Finlandia.

politici esterni, per il trasporto aereo non sussisteva la stessa impellenza, sia per il fatto che al momento della nascita dell'ART il settore era già pressoché liberalizzato,<sup>12</sup> sia perché già dal 1997 esisteva appunto l'ENAC. Quest'ultimo, pur non potendo essere qualificato a tutti gli effetti come un'Autorità indipendente,<sup>13</sup> ha certamente contribuito alla vigilanza e alla regolazione del settore

12. In materia di liberalizzazione del trasporto aereo vi è copiosa dottrina. Si vedano per gli aspetti generali A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico. Diritto, casi e materiali*, Torino, 2009, S. ZUNARELLI, *Manuale di diritto della navigazione e trasporti*, Padova, 2016, C. TUO *Il trasporto aereo nell'Unione Europea tra libertà fondamentali e relazioni esterne. Diritto internazionale e disciplina comunitaria*, Torino, 2008, M. QUINTANO *Concorrenza e strategie di differenziazione nel settore del trasporto aereo*, Torino, 2007, E. G. ROSAFIO, R. TRANQUILLI LEALI (a cura di) *Il trasporto aereo tra normativa comunitaria e uniforme*, Milano, 2011, A. MACCHIATI e D. PIACENTINO *Mercato e politiche pubbliche nell'industria del trasporto aereo*, Bologna, 2006, F. CARLUCCI *Trasporto aereo, regolamentazione e concorrenza*, Padova, 2003, B. FRANCHI e S. VERNIZZI, *Il diritto aeronautico fra ricodificazione e disciplina comunitaria*, Torino, 2007. Sulla liberazione della *slot allocation* si veda F. GASPARI, *Il diritto della concorrenza nel trasporto aereo. La slot allocation*, Torino, 2012. Sulla liberalizzazione dei servizi di handling invece A. MASUTTI, *La liberalizzazione dei servizi di handling aeroportuale. Atti del Convegno (Bologna-Forlì, 14 dicembre 2001)*, Bologna, 2002. In materia di liberalizzazione della gestione aeroportuale M. PELLINGRA, *La liberalizzazione dei servizi pubblici. Il caso delle gestioni aeroportuali*, Napoli, 2012.

13. L'Enac pacificamente non può essere considerato un'autorità indipendente sul modello fissato dalla l.n. 481/1995. La l.n. 481/1995, è rubricata come "Norme per la concorrenza e la regolazione dei servizi di pubblica utilità. Istituzione delle Autorità di regolazione dei servizi di pubblica utilità": si tratta infatti della norma cardine delle autorità di regolazione dei vari settori di mercato. Essa ha istituito la prima Autorità di settore in Italia, l'ex Aeeg (ora Arera), e non a caso viene sempre richiamata nelle disposizioni di tutte le leggi istitutive delle altre authority nate successivamente, si pensi alla l.n. 249/1997 sull'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Agcom) e al d.l. n. 201/2011 per l'Autorità dei Trasporti (ART). Può affermarsi tuttavia che non sia presente nell'ordinamento un unico modello, e risulterebbe dunque "impossibile indicare in modo puntuale caratteristiche comuni in senso assoluto a tutte le Autorità Indipendenti. I tentativi di ricostruire una categoria omogenea assumono consistenza certa solo qualora si operi in via negativa, ossia rimarcando che le Autorità in esame non sono organi dell'Amministrazione statale, non sono strutture del Parlamento, non sono giudici" così F. CARINGELLA, *Manuale di diritto amministrativo*, Roma, 2015, p.802.

Inoltre l'ENAC, pur dotato di ampia autonomia ed indipendenza, è comunque sottoposto a penetranti controlli ed alla vigilanza del Ministero dei trasporti, tanto che per alcuni si tratterebbe di una mera propagazione dell'organo ministeriale stesso, si veda ad esempio E. TURCO BULGHERINI, *Il settore aeroportuale*, in *La regolazione dei trasporti in Italia* a cura di F. BASSAN, Torino, 2015, p.275, "l'Anas e l'Enac sono strutture *in house* o agenzie del Governo". A riguardo l'art. 11 del d.lgs. n.250/1997 è interamente dedicato alla vigilanza del Ministero dei trasporti sull'Enac, prevedendo infatti che a tale dicastero compete: "a) emanare le direttive generali per la programmazione dell'attività dell'Ente; b) stabilire gli indirizzi generali in materia di politica tariffaria; c) approvare le proposte di pianificazione e di sviluppo del sistema aeroportuale nazionale; d) vigilare che l'attività dell'Ente corrisponda ai fini pubblico - istituzionali e si attui con criteri di efficacia, efficienza, economia e sicurezza, nel rispetto delle direttive generali impartite ed in conformità agli impegni assunti con il contratto di programma; e) sciogliere gli organi di amministrazione e nominare un commissario straordinario per la gestione dell'Ente in caso di gravi e reiterate violazioni, accertate nell'espletamento dei compiti di vigilanza di cui alla lettera d)". Secondo poi il comma 3 di suddetta disposizione, sono poi sottoposte a tale controllo "le delibere del consiglio di amministrazione aventi un rilevante contenuto strategico o programmatico, i provvedimenti concernenti la definizione delle piante organiche ed il conferimento di incarichi di funzioni dirigenziali, i provvedimenti di di-

in quasi trent'anni di operatività: proprio per tali ragioni non sono mancate opinioni contrarie alla scelta che l'ART si occupasse anche del trasporto aereo.<sup>14</sup>

L'esistenza di due entità pubbliche,<sup>15</sup> sia pur con nature giuridiche diverse, su cui sono ripartiti compiti e funzioni per regolare e vigilare su uno specifico mercato, non può che generare un bipolarismo che comporta confusione negli operatori del settore e mina la certezza del diritto.

A tal riguardo può citarsi, in tema di ripartizione delle competenze tra ENAC ed ART, la diatriba concernente i diritti di traffico aereo.<sup>16</sup> Merita poi di essere menzionato a riguardo, l'ingente contenzioso venutosi a creare presso il giudice amministrativo tra le imprese operanti nel mercato e

sposizione del demanio e del patrimonio immobiliare” che “divengono efficaci se il Ministro dei trasporti e della navigazione non ne chiede il riesame entro venti giorni dalla loro ricezione, ovvero, in tale ipotesi, qualora il consiglio di amministrazione confermi la deliberazione a maggioranza assoluta. In ogni caso, il Ministro dei trasporti e della navigazione annulla le delibere in contrasto con gli indirizzi di politica generale del Governo o con le disposizioni contenute nel contratto di programma”.

14. Si veda ad esempio l'opinione di P. DI PALMA, in Aa.Vv. *L'attuazione della direttiva 2009/12/CE sui diritti aeroportuali: l'ENAC e l'Autorità di regolazione dei trasporti*, atti del seminario tenutosi a Roma il 26 novembre 2013 e pubblicato nei quaderni ENAC n.1/2014, p. 31 e ss. dove l'autore “auspica che le responsabilità del trasporto aereo vengano ricollocate sull'ENAC anche per quanto concerne i diritti aeroportuali, e osserva che la garanzia di un migliore governo del settore aereo dovrebbe essere assicurata cercando di facilitare la relazione tra il mondo del trasporto aereo con quello dello spazio, piuttosto che con altri settori tecnologicamente non di avanguardia”, così S. PERUGINI, *ART: il rapporto con AGCM e altri enti nazionali e territoriali* in *La regolazione dei trasporti in Italia* a cura di F. BASSAN, Torino, 2015, p.130.

15. Tale problematica è amplificata dalla scelta del legislatore nel primo periodo del comma 4 dell'art. 37 del d.l. n.201/2011, di lasciare “ferme tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate nel presente articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali [...]”, nei settori dove avrebbe poi dovuto operare l'Autorità dei trasporti, ha comportato un'incertezza giuridica sul riparto di competenze istituzionali di ogni singola modalità di trasporto. È infatti mancato un generale riordino dell'intera materia regolatoria dei trasporti.

16. Al fine di porre termine alla procedura d'infrazione n.2014/4087, il legislatore è recentemente intervenuto attraverso l'art. 10 della L.n. 37/2019, il quale ha introdotto una radicale modifica dell'articolo 73 del d.l. 24 gennaio 2012, n. 1: il precedente testo disponeva infatti che “nelle more dell'operatività dell'Autorità di regolazione dei trasporti di cui all'articolo 36, comma 1, del presente decreto, le funzioni di Autorità di vigilanza sono svolte previo atto di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti”. Tale disposizione è stata la base legislativa su cui è stata innestata la divisione di competenze tra Enac ed ART con riguardo ai diritti aeroportuali, circostanza che ha poi comportato l'interesse della Commissione Europea con la conseguente procedura di infrazione sulla quale ci si è precedentemente soffermati. Il nuovo dettato dell'art. 73 del d.l. 1/2012 è sintetico e apparentemente chiaro: all'Autorità dei trasporti spettano le funzioni di vigilanza “anche con riferimento ai contratti di programma previsti dall'articolo 17, comma 34 bis, del decreto legge 1° luglio 2009, n. 78 [...]”. Sembra dunque che tale intervento legislativo a prima vista sani la vertenza con l'Unione Europea, ponendo fine a quella distinzione tra aeroporti con traffico superiore agli otto milioni di passeggeri rispetto a quelli già di competenza dell'Autorità dei trasporti. In realtà il ruolo dell'Enac su tali “contratti in deroga” non è ancora del tutto cessato, poiché fino alla scadenza degli stessi tale ente, oltre ad esserne parte sottoscrittrice, in base all'ultimo periodo del comma 34 bis dell'art. 17 di cui sopra, “può graduare le modifiche tariffarie, prorogando il rapporto in essere, per gli anni necessari ad un riequilibrio del piano economico-finanziario della società di gestione”: la suddetta disposizione infatti non è stata modificata né abrogata dal Legislatore, il quale si è limitato appunto alla modifica dell'art. 73 del d.l. 1/2012, tralasciando le altre norme che sono state poste nel corso degli anni nell'ordinamento

la stessa ART: le vertenze, riguardanti la legittimità o meno della richiesta dell’Autorità del contributo annuale volto al suo funzionamento,<sup>17</sup> nascondono in realtà la vera ragione che ha inne-

in tale materia. È palese il fatto che l’ART e l’Enac dovranno continuare a collaborare ed a confrontarsi con riferimento a suddetti contratti in deroga, fintantoché questi ultimi non vadano a scadenza naturale. Si può dunque concludere che, mentre l’Enac sarà sempre più inquadrato come ente tecnico ma non più con funzioni regolatorie, soltanto nel momento in cui verranno attuati nuovi contratti sostitutivi di quelli in deroga, l’Autorità dei trasporti opererà da sola come unico “sportello regolatorio”: tale espressione è utilizzata da M. SEBASTIANI, *A chi la regolamentazione aeroportuale e perché. E come*, in Aa.Vv. *L’attuazione della direttiva 2009/12/CE sui diritti aeroportuali: l’ENAC e l’Autorità di regolazione dei trasporti*, atti del seminario tenutosi a Roma il 26 novembre 2013 e pubblicato nei quaderni ENAC n.1/2014, p.44.

17. La tematica del finanziamento delle Autorità indipendenti è piuttosto controversa. Inizialmente la L. n.481/1995, all’art. 2, comma 38, lett. b), ha disposto che, oltre ai trasferimenti a carico del bilancio dello Stato, anche i soggetti esercenti il servizio regolato dovessero contribuire con una misura applicabile compresa fino all’uno per mille dei ricavi. Tale legge aveva dunque posto in essere un sistema contributivo “misto”, il quale nel corso degli anni sta progressivamente lasciando il posto al cosiddetto “auto-finanziamento”, dove cioè sono solo gli operatori del mercato regolato a corrispondere suddetto contributo annuale: ciò è avvenuto nonostante l’art. 1, comma 65, della L.n. 266/2005 disponga che il contributo da parte di tali operatori operi per la parte non coperta da finanziamento a carico del bilancio dello Stato, il quale “virtualmente [...] è ancora attivabile; nella prassi è stato applicato limitatamente”, così B. CAROTTI, *La Corte Costituzionale torna sul finanziamento delle Autorità indipendenti*, in riv. *Giornale di diritto amministrativo*, n.1/2018, p.62. Pertanto l’Autorità dei trasporti è totalmente finanziata dai soggetti da essa stessa regolati, essendosi nel frattempo concluso “un periodo transitorio, [...], che prevedeva l’erogazione dei contributi *una tantum* anticipati dall’Autorità garante della concorrenza e del mercato”, così S. LOIACONO e P. OCCHIUZZI, *L’Autorità di Regolazione dei Trasporti* in F. BASSAN, *La regolazione dei trasporti in Italia: l’ART alla prova dei mercati*, Torino, 2015, p.75. In materia di contributo alle Autorità indipendenti si vedano anche G. NAPOLITANO, *L’autofinanziamento delle autorità indipendenti al vaglio (parziale) della Corte Costituzionale*, in riv. *Giornale di diritto amministrativo*, n.2/2008, p.260 ss., M. DE BENEDETTO, *Autofinanziamento delle Autorità indipendenti e provvedimenti di contenimento della finanza pubblica*, in riv. *Giornale di diritto amministrativo*, n.7/2012, p.727, L. DI DONATO, *Il finanziamento delle Autorità Amministrative Indipendenti* pubblicato in riv. *Amministrazione in cammino*, 2015. Con riferimento all’ART, quest’ultima non si è limitata a richiedere tale contributo annuale alle imprese aeroportuali effettivamente coinvolte nella regolazione delle tariffe degli scali. Nel settore aereo infatti si è maggiormente manifestata, da parte di tale Autorità, la volontà di interpretare in maniera piuttosto estensiva le norme che concernono le sue competenze e che l’ha portata a ritenere soggetti regolati i vettori aerei e le società di *handling*. Sul punto è decisiva un’analisi accurata del contenuto dell’art. 37, comma 6, lett. b) del d.l. n. 201/2011: la versione originaria di tale norma affermava che il contributo dovesse essere versato dai gestori delle infrastrutture e dei servizi regolati. È evidente come non sia possibile far rientrare in queste due categorie né le compagnie aeree né tanto meno gli handler: queste imprese infatti non gestiscono gli scali né forniscono servizi regolati (quanto meno non ascrivibili alla regolazione dell’ART). Nonostante queste semplici considerazioni e le numerose obiezioni che negli anni i vettori aerei e gli altri operatori del mercato hanno rappresentato all’Autorità dei trasporti nel corso dei procedimenti di consultazione, di anno in anno aperti prima di giungere alle delibere sul contributo, la stessa Autorità ha sempre considerato anche tali soggetti obbligati al suo finanziamento. A seguito di numerosi contenziosi generatisi in conseguenza della situazione sopra descritta, il TAR Piemonte, ha sollevato nel dicembre del 2015 questioni di legittimità costituzionale proprio nei confronti dell’articolo 37, comma 6, lettera b), in riferimento agli articoli 3, 23, 41 e 97 della Costituzione. La Corte Costituzionale, con la sentenza n. 69 del 7 aprile 2017, ha dichiarato non fondate tali questioni, definendo in maniera più netta quali siano i soggetti tenuti all’obbligo contributivo nei

scato il contrasto tra tali soggetti privati e l'Authority, ossia l'incerto perimetro regolatorio di quest'ultima causato da una normativa vaga e lacunosa quale è appunto il contenuto dell'art. 37 del d.l. n.201/2011.

La questione invece oggetto di questo contributo riguarda la tutela dei passeggeri del settore aereo. Al fine di offrire un'analisi sufficientemente completa, verranno descritti nel prosieguo della trattazione le competenze tanto dell'ART quanto dell'Enac in tale materia, il contenuto della delibera ART n. 92/2024 e le problematiche che essa sembra comportare, specialmente con riguardo al principio del *ne bis in idem* sostanziale.

confronti dell'ART: in tale novero vanno ricompresi unicamente “coloro nei confronti dei quali l'ART abbia effettivamente posto in essere le attività (specificate al comma 3 dell'art. 37) attraverso le quali esercita le proprie competenze (enumerate dal comma 2 del medesimo articolo)”. La Consulta sembrerebbe considerare legittima la richiesta di pagamento del contributo da parte dell'Autorità, ma solo nei casi in cui la stessa abbia concretamente posto in essere una qualche forma di regolazione riguardante il settore o la categoria delle imprese a cui viene richiesto tale onere pecuniario. L'Autorità dei trasporti nella sua successiva delibera n.75/2017, ha poi precisato che, oltre ad atti o disposizioni regolatorie o propedeutiche alla regolazione, sarebbero da considerare nel novero delle “attività” citate dalla Corte Costituzionale “anche quelle relative, [...], all'adozione di pareri, formulazione di proposte e diffide, richiesta di informazioni, effettuazione di ispezioni, comminazione di sanzioni, valutazione di reclami, e comunque non concernenti i soli ambiti non liberalizzati o quelli gravati da servizio pubblico, [...], senza distinzione tra soggetti incisi dalla regolazione e soggetti comunque beneficiari della stessa”. Inoltre nella stessa delibera n.75/2017, l'Autorità ha deciso di svolgere una compiuta ricognizione degli specifici settori concretamente interessati dalla sua stessa attività negli anni dal 2014 al 2017. Questa scelta ha fatto però emergere una contraddizione di fondo, poiché nel riportare tutte le delibere fino ad allora poste in essere, si evince pacificamente che fino ad allora i pochi atti regolatori sul trasporto aereo hanno riguardato soltanto i modelli tariffari dei diritti aeroportuali, non certo le compagnie aeree o gli handler. Interessante è poi considerare che nella delibera relativa al contributo per l'anno 2019, la n. 116 del 22 novembre 2018, la stessa ART non cita nemmeno una disposizione che la legittimerebbe alla regolazione di tale ambito nel mercato aereo oltre ai diritti aeroportuali. Il Consiglio di Stato è successivamente intervenuto sulla questione con una serie di sentenze gemelle, (ovvero le sent. Cons. St. 28 ottobre 2019 nn.7371, 7372, 7373, 7374, 7375 nonché della sentenza Cons. St. 23 dicembre 2019 n.8967 nel sito web [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)), nelle quali è stato sostanzialmente ribadito quanto già affermato sia dalla Corte Costituzionale nella sentenza n.69 del 2017 sia dal Tar Piemonte. Il Collegio infatti ha innanzitutto premesso che l'art. 37, comma 6, lett. b) d.l. 6 dicembre 2011 n. 201 (nella versione precedente alla modifica ad opera del d.l. 28 settembre 2018 n. 109), era in linea teorica applicabile anche alle compagnie aeree. Tuttavia, come ricordato dalla sentenza n.69/2017 della Corte Costituzionale, è necessario stabilire se all'epoca delle richieste di contributo oggetto di contestazione, l'ART avesse emanato concretamente atti di regolazione dell'attività dei vettori aerei. L'Autorità dei trasporti, tra i vari atti che ha invocato in suo favore, ha menzionato la delibera n.64 del 17 settembre 2014. Essa tuttavia, come già aveva rilevato il Tar Piemonte, riguarda solamente “i gestori delle infrastrutture aeroportuali, in quanto definisce il procedimento di determinazione dei diritti aeroportuali” e pertanto l'attività regolatoria di tale authority non è ascrivibile anche ai vettori aerei, i quali dunque non sono soggetti destinatari della regolazione elaborata dall'ART ma meri beneficiari della stessa, e come tali non sono tenuti al versamento del contributo di cui sopra. Il Consiglio di Stato conclude poi affermando che i vettori aerei sarebbero potuti rientrare nel novero dei soggetti regolati qualora “l'attività imprenditoriale dai medesimi svolta fosse stata fatta oggetto, in via diretta e immediata, ancorché non esclusiva, di un potere regolatorio concretamente esercitato. Ma [...] tale essenziale presupposto negli anni 2014 e 2015 era assente”.

## 2. Le competenze dell’Autorità dei trasporti per la tutela dei passeggeri aerei

Nell’ambito di una politica comune all’interno dell’Unione Europea nel settore dei trasporti, si è assistito negli anni all’affermazione dei principi di libera circolazione delle persone, dei servizi e dei capitali.

Coerentemente con la volontà che tali principi fossero concretamente attuati, il legislatore europeo ha cercato di elaborare “sotto il profilo consumeristico, [...] un set minimo di regole applicabili a tutti i vettori [...], indipendentemente dalla modalità di trasporto, al fine di garantire al passeggero [...] un livello di tutela adeguato”.<sup>18</sup>

Pertanto, attualmente, oltre alle norme di diritto internazionale a tutela dei viaggiatori<sup>19</sup> ed a quelle specificatamente concepite per le persone a mobilità ridotta,<sup>20</sup> in seno all’ordinamento europeo sono stati elaborati quattro regolamenti volti a salvaguardare i diritti degli utenti nei vari settori dei trasporti.<sup>21</sup>

Nel nostro Paese tuttavia mancava, eccetto che per il settore aereo, un organismo che si occupasse di vigilare sull’applicazione di tale normativa, garantendo un elevato grado di indipendenza e autonomia dal potere politico.

È pacifico come la scelta del soggetto pubblico a cui affidare tale compito non potesse che ricadere sull’Autorità dei trasporti: già l’art. 37 del d.l. n.201/2011,<sup>22</sup> contiene infatti, *in nuce*, la disciplina base successivamente sviluppata e completata da ulteriori normative *ad hoc* che hanno implementato la tutela dei passeggeri,<sup>23</sup> assegnando all’ART il ruolo di soggetto deputato a vigilare sul rispetto dei regolamenti europei in materia.

Anche per le competenze dell’Autorità dei trasporti nella tutela dei passeggeri il legislatore nazionale ha replicato lo stesso *modus operandi* già visto per altri ambiti sui quali quest’ultima interviene: da un testo generico e con diverse lacune come il d.l. n.201/2011, si è poi giunti a decreti legislativi che volta per volta hanno disciplinato i poteri e gli ambiti di intervento della suddetta

18. Così P. OCCHIUZZI, *La tutela del passeggero*, in F. BASSAN (a cura di) *La regolazione dei trasporti in Italia*, Torino, 2015, p.40.

19. Si pensi ad esempio alla Convenzione di Ginevra del 1 marzo 2013 sul trasporto stradale di persone o a quella di Montreal del 1999 sul trasporto aereo passeggeri.

20. Ad esempio il Reg. Ce n. 1107/2006 sui passeggeri a mobilità ridotta nel trasporto aereo.

21. Si tratta, rispettivamente, del Reg. Ce n.261 del 2004 per il trasporto aereo, del Reg. Ce n.1371 del 2007 per il trasporto ferroviario, del Reg. Ue n.1177 del 2010 per il trasporto marittimo e del Reg. Ue n. 181 del 2011 per quello su strada.

22. Ad esempio la lett. g), comma 3, dell’art. 37 del d.l. n.201/2011 prevede infatti che l’Autorità “valuta i reclami, le istanze e le segnalazioni presentati dagli utenti e dai consumatori, singoli o associati, in ordine al rispetto dei livelli qualitativi e tariffari da parte dei soggetti esercenti il servizio sottoposto a regolazione, ai fini dell’esercizio delle sue competenze”.

23. Infatti sono stati poi emessi dal legislatore nazionale i seguenti decreti legislativi: il d.lgs. 17 aprile 2014 n.70 per i passeggeri del trasporto ferroviario, il d.lgs. 4 novembre 2014 n.169 per quello stradale ed il d.lgs. n.129 del 29 luglio 2015 per i viaggiatori marittimi.

*Authority* per la tutela delle singole tipologie di viaggiatore (via mare, via strada o via ferrovia). L'articolo 37 del decreto-legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla Legge 22 dicembre 2011, n. 214, che ha istituito, nell'ambito delle attività di regolazione dei servizi di pubblica utilità di cui alla Legge 14 novembre 1995, n. 481, l'Autorità di regolazione dei trasporti, prevede, al comma 2, lett. e), che la stessa provveda "a definire, in relazione ai diversi tipi di servizio e alle diverse infrastrutture, il contenuto minimo degli specifici diritti, anche di natura risarcitoria, che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle infrastrutture di trasporto e a dirimere le relative controversie; sono fatte salve le ulteriori garanzie che accrescano la protezione degli utenti che i gestori dei servizi e delle infrastrutture possono inserire nelle proprie carte dei servizi".

Si è pertanto configurato un sistema coerente di protezione dei diritti degli utenti che utilizzano mezzi di trasporto e che assicura tutele sostanzialmente identiche nelle varie modalità trasportistiche. A questa disciplina si affianca poi quella di competenza dell'AGCM "di natura c.d. orizzontale [...] in materia di pratiche commerciali sleali e clausole vessatorie".<sup>24</sup>

I dati relativi ai procedimenti avviati dall'Autorità mostrano inoltre come stia funzionando il modello così concepito di vigilanza e salvaguardia dei diritti dei consumatori.<sup>25</sup>

Il comma 3, lett. h), dell'articolo 37 del d.l. 201/2011, prevede che l'ART "disciplina, con propri provvedimenti, le modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie tra gli operatori economici che gestiscono reti, infrastrutture e servizi di trasporto e gli utenti o i consumatori mediante procedure semplici e non onerose anche in forma telematica. Per le predette controversie, individuate con i provvedimenti dell'ART di cui al primo periodo, non è possibile proporre ricorso in sede giurisdizionale fino a che non sia stato esperito un tentativo obbligatorio di conciliazione, da ultimare entro trenta giorni dalla proposizione dell'istanza all'ART".

In applicazione di tale norma l'ART ha adottato, con delibera n. 21/2023 dell'8 febbraio 2023 la "Disciplina, in prima attuazione, delle modalità per la soluzione non giurisdizionale delle controversie tra gli operatori economici che gestiscono reti, infrastrutture e servizi di trasporto e gli utenti o i consumatori, ai sensi dell'articolo 10 della Legge 5 agosto 2022, n. 118".

Successivamente, a partire dal 3 aprile 2023, è stata resa disponibile la piattaforma "ConciliaWeb" per la presentazione e il successivo trattamento delle istanze di conciliazione per la soluzione non

24. Così P. OCCHIUZZI, *La tutela del passeggero*, in F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia*, Torino, 2015, p.41. A riguardo può citarsi il conflitto tra AGCM ed Agcom sulla loro ripartizione di competenze in materia di tutela dei consumatori, su cui da ultima si veda la sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n.7296 del 25 ottobre 2019, che ha ripreso i principi enunciati in una importante pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (sez. II, sentenza n.54 del 13 settembre 2018). Per un inquadramento generale della questione, si veda M. CONTICELLI e A. TONETTI, *La difficile convivenza tra concorrenza e regolazione: il caso delle comunicazioni elettroniche*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2008, pp.71 ss ed il commento di B. RABAI, *Ancora sul riparto di competenze tra Autorità Antitrust e Autorità di settore in tema di pratiche commerciali scorrette*, *Riv. regolazione dei mercati*, n.2/2019, pp. 366 ss.

25. I dati sono contenuti nella settima relazione al Parlamento dell'Autorità dei trasporti, pubblicata sul sito web della stessa.

giurisdizionale delle controversie tra utenti dei servizi di trasporto e i soggetti economici che gestiscono reti, infrastrutture e servizi di trasporto, inclusi quelli relativi al settore aereo, ferme restando le funzioni, anche sanzionatorie, esercitate da ENAC.

### 3. Il ruolo dell'ENAC

Delineato il ruolo dell'ART in materia di tutela dei passeggeri aerei, si deve notare come lo stesso legislatore, nel formulare l'art. 37 del d.l. 201/2011 fosse ben conscio del fatto che, avendo delineato soltanto le funzioni ed i compiti di tale *Authority*, questi ultimi avrebbero generato conflitti di competenze con gli altri soggetti pubblici presenti nell'ordinamento per vigilare e normare il settore dei trasporti. Pertanto fu formulato il comma 4 della suddetta disposizione, secondo cui “restano ferme tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate nel presente articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati; in particolare, restano ferme le competenze in materia di vigilanza, controllo e sanzione nell'ambito dei rapporti con le imprese di trasporto e con i gestori delle infrastrutture, in materia di sicurezza e standard tecnici, di definizione degli ambiti del servizio pubblico, di tutela sociale e di promozione degli investimenti”. Nonostante dunque fossero state salvate le attribuzioni delle Pubbliche amministrazioni impegnate in materia di trasporto pubblico, si sono registrati alcuni casi di sovrapposizione tra l'ART ed altri organismi pubblici.<sup>26</sup>

Non si sono invece configurati contrasti con riferimento alla tutela dei passeggeri aerei, posto che è l'ENAC<sup>27</sup> l'organismo nazionale responsabile della corretta esecuzione dei Regolamenti eu-

26. Si pensi alla materia della regolazione tariffaria delle concessioni autostradali ed al ruolo del CIPE che è ormai marginale pur non essendo state minimamente modificate le sue competenze dal legislatore.

27. L'ENAC può considerarsi il principale referente istituzionale del settore del trasporto aereo ed esercita da più di due decenni un ruolo di vigilanza tecnica, di certificazione degli operatori e (tutt'oggi in alcuni casi) di regolazione del mercato. L'Enac è sorta per perseguire diversi obiettivi, tra i quali il voler dotare il nostro Paese di un'unica entità dotata di un elevato grado di autonomia rispetto al potere politico, in un'ottica di semplificazione e razionalizzazione della situazione istituzionale precedente: L'ENAC infatti andò a sostituire tre soggetti pubblici prima presenti nell'ordinamento per fini di vigilanza e certificazioni del settore aereo: si trattava del Registro aeronautico italiano (R.A.I.) dell'Ente Nazionale della Gente dell'Aria (E.N.G.A.) e della Direzione Generale dell'Aviazione Civile (D.G.A.C.). I primi due sono stati soppressi alla data di entrata in vigore del d.lgs. n.250/1997, mentre la D.G.A.C. è stata sostituita dal Dipartimento dell'Aviazione Civile del Ministero dei Trasporti per lo svolgimento dei compiti previsti dal secondo comma dell'art.1, del suddetto decreto legislativo. Il ruolo centrale di tale ente è ben testimoniato dal contenuto dell'art. 2 della norma istitutiva dell'Enac, il d.lgs. 250/1997, che elenca i numerosi compiti assegnategli: l'art. 2 infatti affida all'Enac “le funzioni amministrative e tecniche già attribuite alla Direzione generale dell'aviazione civile (D.G.A.C.), al Registro aeronautico italiano (R.A.I.) ed all'Ente nazionale della gente dell'aria (E.N.G.A.) ed in particolare provvede ai seguenti compiti: a) regolamentazione tecnica ed attività ispettiva, sanzionatoria, di certificazione, di autorizzazione, di coordinamento e di controllo, nonché tenuta dei registri e degli albi nelle materie di competenza; b) razionalizzazione e modifica delle procedure attinenti ai servizi aeroportuali, secondo la normativa vigente ed in relazione ai compiti di garanzia, di indirizzo e programmazione esercitati; c) attività di coordinamento con l'Ente nazionale di assistenza al volo e con l'Aeronautica militare, nell'ambito delle rispettive competenze per le attività di assistenza al volo; d) rapporti con

ropei n. 261/2004<sup>28</sup> e n. 1107/2006<sup>29</sup> in base a quanto stabilito, rispettivamente, dal decreto legislativo 27 gennaio 2006, n. 69 e dal decreto legislativo 24 febbraio 2009, n. 24. In base a tali normative l'ENAC ha il potere di irrogare sanzioni nei confronti degli operatori che violano le disposizioni dei richiamati Regolamenti. Un passeggero può infatti inviare un reclamo di seconda istanza all'ENAC per l'accertamento di una eventuale violazione del Regolamento (CE) 261/2004, quando la compagnia aerea non fornisce risposta trascorse sei settimane dalla data di ricezione del reclamo del passeggero oppure qualora ritenga che la risposta ricevuta dalla compagnia aerea non sia soddisfacente rispetto a quanto previsto dal Regolamento (CE) 261/2004.

L'ENAC inoltre svolge un cruciale ruolo in materia di definizione e controllo dei parametri di qualità dei servizi aeroportuali e del trasporto aereo *tout court* considerato, in base a quanto previsto dall'art. 2, comma 1, lett. f) del d.lgs. n.250/1997. In base a quest'ultimo, l'ENAC ha emanato due circolari, la GEN 06 del 31 ottobre 2014 recante disposizioni riguardo alla "qualità dei servizi nel trasporto aereo: le Carte dei servizi standard per gestori aeroportuali e vettori aerei" e la GEN 02B del 13 maggio 2021, di "applicazione del Regolamento (CE) n.1107/2006 e qualità dei servizi erogati alle persone con disabilità e a mobilità ridotta nel trasporto aereo".

Queste due circolari prevedono una disciplina relativa al trattamento dei reclami. La circolare GEN 06 infatti stabilisce che "coerentemente a quanto prescritto dalle norme UNI 1060030, (...) i soggetti erogatori predispongono un apposito modello per la redazione del reclamo (completo dei recapiti e delle informazioni utili a tal fine), specificando tempi e modalità di risposta (entro

enti, società ed organismi nazionali ed internazionali che operano nel settore dell'aviazione civile e rappresentanza presso gli organismi internazionali, anche su delega del Ministro dei trasporti e della navigazione; e) istruttoria degli atti concernenti tariffe, tasse e diritti aeroportuali per l'adozione dei conseguenti provvedimenti del Ministro dei trasporti e della navigazione; f) definizione e controllo dei parametri di qualità dei servizi aeroportuali e di trasporto aereo nei limiti previsti dal regolamento di cui all'articolo 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537; g) regolamentazione, esame e valutazione dei piani regolatori aeroportuali, dei programmi di intervento e dei piani di investimento aeroportuale, nonché eventuale partecipazione all'attività di gestione degli aeroporti di preminente interesse turistico e sociale, ovvero strategico-economico". La suddetta disposizione, insieme all'art. 687 del Codice della Navigazione, che dispone che "nel rispetto dei poteri di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, nonché fatte salve le competenze specifiche degli altri enti aeronautici, agisce come unica autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, mediante le proprie strutture centrali e periferiche, e cura la presenza e l'applicazione di sistemi di qualità aeronautica rispondenti ai regolamenti comunitari", hanno posto l'Enac come "unica Autorità di regolamentazione tecnica, certificativa, vigilanza e controllo per il settore dell'aviazione commerciale", come ricordano P. DI PALMA e A. NARDI, *Governance del trasporto aereo. Trasformazione giuridica dell'ENAC*, Roma, 2017, p. 30.

28. Il Regolamento (CE) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione e assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato.

29. Il regolamento (CE) n. 1107/2006 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 5 luglio 2006 che stabilisce le responsabilità e le regole per la tutela e l'assistenza delle persone con disabilità e a mobilità ridotta nel trasporto aereo.

30 gg. è prescritto un riscontro scritto) e precisando le casistiche che danno diritto a forme di risarcimento, con le informazioni correlate (coperture assicurative, entità dei risarcimenti, procedure, ecc.).<sup>30</sup> La circolare GEN 02B del 13 maggio 2021 prevede, invece, disposizioni specifiche per l'applicazione del regolamento (CE) n. 1107/2006 secondo cui “il gestore aeroportuale e il vettore aereo individuano le procedure per la presentazione e la gestione delle segnalazioni al fine di ricercare soluzioni condivise tra le parti”.<sup>31</sup>

E' necessario, in questa sede, porre l'attenzione sulla circostanza che prima della delibera ART n. 92/2024 tra l'ART e l'ENAC non sussisteva alcun conflitto di competenza in materia di diritti dei passeggeri aerei e di tutela degli utenti degli aeroporti, poiché si era posto in essere una sostanziale ripartizione dei compiti in linea con la normativa nazionale ed europea: questa situazione è stata poi avallata dalla sottoscrizione di un protocollo d'intesa, ormai scaduto,<sup>32</sup> tra tali due entità pubbliche proprio con la *ratio* di rafforzare i comuni sforzi tesi a tutelare più efficacemente gli utenti del trasporto aereo.

#### 4. Il contenuto della delibera ART n. 92/2024

Il complesso quadro sopra riportato del binomio ART/ENAC sulla tutela dei passeggeri aerei si è recentemente arricchito di un ulteriore tassello: la delibera ART n.92/2024.<sup>33</sup> Tale atto, punto centrale di questa analisi, rappresenta un'evoluzione importante nelle competenze e nel campo d'azione dell'*Authority* dei trasporti in suddetta materia.

30. Così l'allegato 1 alla Circolare GEN 06 del 31 ottobre 2014, cit. (cd. “Linee Guida”), p. 9. Inoltre, si specifica che “il soggetto erogatore del servizio predispone la raccolta dei dati relativi ai reclami ricevuti, classificati per tipologie (lamentela per insoddisfazione, reclamo per inadempienza dell'azienda, richiesta di tutela per il riconoscimento dei diritti del cliente) ed elaborati al fine di individuare gli indici più significativi (tasso di reclamo, tempo medio di risposta, tempo medio di soluzione delle controversie, confronto con i due periodi precedenti, ecc.), da mettere a disposizione dei passeggeri e dell'utenza in generale. La raccolta e l'elaborazione dei reclami sono oggetto di esame da parte del gestore aeroportuale e del Comitato per la regolarità e la qualità dei servizi, ove presente, in quanto importante fonte di informazione per l'identificazione qualitativa e quantitativa delle cause dei disservizi e dei settori/funzioni più critici tra quelli monitorati. La frequenza dell'esame è determinata in funzione delle esigenze dello scalo; comunque, la cadenza non potrà superare un trimestre. I resoconti sui reclami ricevuti saranno resi disponibili, su richiesta, ai soggetti interessati.

31. Così Circolare ENAC – GEN 02B del 13 maggio 2021, cit., p. 8.

32. Il protocollo d'intesa tra ART ed ENAC è stato sottoscritto in data 27.04.2021 con durata triennale ma che non è stato successivamente rinnovato. All'art. 1 esso prevedeva che “Nel rispetto dell'autonomia e dell'indipendenza delle Parti, il presente protocollo disciplina le modalità di cooperazione, collaborazione e scambio di informazioni tra le stesse al fine di assicurare il migliore raccordo nell'esercizio delle attività di regolazione aeroportuale di loro rispettiva competenza. [...] In particolare, le Parti cooperano attraverso i seguenti strumenti: – incontri periodici e consultazioni su iniziative e procedimenti di comune interesse; – costituzione di gruppi di lavoro volti alla condivisione delle conoscenze, ai fini della migliore implementazione di metodologie e strumenti di regolazione del settore e di tutela dei diritti degli utenti e dei passeggeri; [...]”.

33. Con delibera n. 169/2023 del 9 novembre 2023 l'Autorità dei trasporti ha avviato un procedimento per la defi-

Giova pertanto analizzare *in primis* il contenuto di questo documento: quest'ultimo definisce il contenuto minimo dei diritti, anche di natura risarcitoria, che i passeggeri aerei possono pretendere sia nei confronti dei vettori<sup>34</sup> sia dei gestori aeroportuali. Le compagnie aeree in base a tale atto debbono necessariamente garantire la disponibilità di un sistema per il trattamento dei reclami di facile accesso ed utilizzo, avuto particolare riguardo alle esigenze delle PMR. La risposta a suddetti reclami deve essere motivata, comunicando al passeggero se la sua richiesta è accolta o respinta, se il suddetto ha diritto a ricevere un indennizzo o rimborso comunque denominato, e, in tal caso, le tempistiche e le modalità per ottenerlo nonché se del caso, le misure poste in atto per la risoluzione del disservizio segnalato e, qualora lo stesso non sia stato ancora risolto, la relativa tempistica.

Desta particolare interesse in questa sede la circostanza che, qualora non vi sia risposta al reclamo<sup>35</sup> ovvero in caso di risposta non motivata, l'utente ha diritto di ricevere un indennizzo automatico:<sup>36</sup> ciò vale anche con riferimento ai gestori aeroportuali.<sup>37</sup> Tali misure si applicheranno a decorrere dal 30 marzo 2025.

Le motivazioni che hanno portato l'Autorità dei trasporti ad addivenire al contenuto della delibera n.92/2024 sopra descritto possono essere rintracciate nella relazione AIR alla suddetta. In que-

nizione delle misure concernenti il contenuto minimo degli specifici diritti che gli utenti possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi di trasporto aereo e delle relative infrastrutture aeroportuali con riguardo al trattamento dei reclami. Il termine di conclusione del procedimento avviato con la delibera citata è stato fissato al 1° luglio 2024. Nell'ambito del procedimento avviato, con delibera n. 34/2024 del 7 marzo 2024 è stato sottoposto alla consultazione dei soggetti interessati uno schema di atto di regolazione recante "Misure concernenti il contenuto minimo degli specifici diritti che gli utenti dei servizi di trasporto aereo possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e delle relative infrastrutture con riguardo al trattamento dei reclami", individuando, rispettivamente, nel 12 aprile 2024 e nel 23 aprile 2024, il termine per la presentazione di osservazioni e proposte da parte degli interessati e per l'illustrazione di tali contributi un'audizione pubblica innanzi a tale *Authority*.

34. I suddetti vettori sono quelli che utilizzano aeromobili a velatura fissa motorizzata con capacità superiore ai 19 posti, il cui punto di imbarco o di sbarco è situato in aeroporti aperti al traffico commerciale nel territorio italiano. Inoltre la delibera n.92/2024 si applica anche i servizi di trasporto aereo passeggeri in coincidenza, anche in code-sharing, con partenza da o destinazione finale in un aeroporto, aperto al traffico commerciale, situato nel territorio italiano.

35. La delibera n.92/2024 considera come mancata risposta anche il mancato riscontro nel termine di 60 giorni dalla data di ricezione del reclamo.

36. Tale indennizzo è erogato in misura non inferiore al 10% del prezzo del titolo di viaggio cui il reclamo si riferisce nel caso di risposta fornita tra il sessantunesimo e il settantesimo giorno dalla data di ricezione del reclamo mentre sarà del 20% del prezzo del titolo di viaggio cui il reclamo si riferisce nel caso di risposta fornita oltre il settantesimo giorno e in caso di omessa risposta. In ogni caso l'indennizzo di cui alla Misura 7.1 non può essere inferiore ad euro 10,00, né superiore ad euro 100,00.

37. La Delibera n.92/2024 infatti stabilisce che "per i reclami presentati al gestore aeroportuale o al gestore di piattaforma digitale, l'utente ha diritto, nel caso di risposta fornita oltre il termine di 60 giorni, a ricevere un indennizzo automatico definito da ciascun gestore aeroportuale il cui importo, modalità di calcolo e di erogazione sono indicati nella sezione del sito web di cui alla Misura 5.4, lettera a), e, ove ne sia prevista l'adozione, nella propria carta dei servizi, nonché da ciascun gestore di piattaforma nelle proprie condizioni generali di utilizzo".

st'ultimo documento l'*Authority* dichiara che in merito all'attività relativa alla Disciplina ADR, tramite la piattaforma ConciliaWeb, nonché sui siti web degli operatori economici, è emerso che i sistemi dei reclami utilizzati dagli operatori aerei e dai gestori delle infrastrutture aeroportuali, presentano elementi di criticità e non appaiono sempre adeguati rispetto alle esigenze di tutela rappresentate: in particolare le procedure di reclamo utilizzate dai vettori aerei sono risultate non pienamente trasparenti e accessibili.<sup>38</sup> Inoltre in tale relazione AIR si evidenzia come sia emersa l'opportunità di definire un quadro regolatorio più efficace sia rispetto a quello che si sono dati autonomamente i soggetti interessati in materia di trattamento dei reclami sia rispetto all'azione che la stessa Autorità svolge in ambito di risoluzione extragiudiziale delle controversie. Suddetto intervento di regolazione dell'Autorità ha lo scopo, in definitiva, di fissare il quadro di riferimento per una rapida composizione delle controversie, onde evitare ulteriori oneri che si potrebbero prospettare in caso di ricorso in sede giurisdizionale sia a carico degli utenti che a carico degli operatori economici interessati. L'importanza di tale atto regolatorio è dovuta anche al fatto che quasi la totalità<sup>39</sup> delle istanze ricevute procedibile sul suddetto sistema ConciliaWeb ha riguardato controversie degli utenti nei confronti di compagnie aeree, gestori aeroportuali o voli acquistati tramite le piattaforme di vendita di biglietteria aerea.

### 5. Un *ne bis in idem* tra ART ed ENAC?

Analizzato il contenuto della delibera ART 92/2024, è palese come quest'ultima ponga una serie di criticità in relazione alla sovrapposizione di competenze in materia tra l'ENAC e l'*Authority* stessa, tanto da evocare l'istituto del *ne bis in idem*.<sup>40</sup>

38. In particolare la relazione AIR alla delibera n.92/2024, alla pag.26, evidenzia come “le procedure di reclamo utilizzate dai vettori aerei sono risultate non pienamente trasparenti e accessibili. Infatti, oltre a presentare informazioni incomplete sui diritti dei passeggeri previsti dalla normativa comunitaria e sulle procedure di reclamo adottate, si rilevano: l'inesistenza di un'apposita sezione “Reclami” sul sito web e/o nella CS e/o nella CGT; alcune incongruenze e lacune in merito alle informazioni sui termini di risposta al reclamo; informazioni non nella maggior parte dei casi, sempre complete e aggiornate sui rimedi che l'utente può attivare a seguito di mancata risposta ad un reclamo o di risposta insoddisfacente; difficoltà nel reperire un modulo standard per la presentazione di un reclamo; la marginale possibilità di presentare il reclamo sia in lingua italiana che in lingua inglese; in merito alle procedure di reclamo adottate dai gestori aeroportuali sono state osservate ugualmente possibili criticità con particolare riguardo alle informazioni sui rimedi che l'utente può attivare a seguito di reclamo al quale non è stato dato risposta oppure la stessa risulti insoddisfacente e, più in generale, alle informazioni funzionali alla garanzia di accessibilità delle procedure di reclamo”.

39. L'*Authority* infatti dichiara, sempre nella relazione AIR alla delibera n.92/2024, che su 11.435 istanze ricevute procedibili ben “11.354 istanze (99,3%); per il settore del trasporto ferroviario se ne contano 29 (su 213 istanze ricevute); 41, per il settore del trasporto via mare (su 78 istanze ricevute); 11, per il settore del trasporto con autobus (su 52 istanze ricevute)”.

40. Sull'istituto del *ne bis in idem* la bibliografia è sterminata. Si segnalano le seguenti monografie, *Il ne bis in idem*, a cura di A. MANGIARANCINA, Torino, 2021, A.F. TRIPODI, *Ne bis in idem europeo e doppi binari punitivi*, Torino, 2022, M. CAPPAL, *Ne bis in idem europeo di diritto amministrativo*, 2023, Napoli. Per approfondimenti su tematiche

Il *punctum dolens* è pacifico riguardi la previsione di un indennizzo automatico da parte di un vettore aereo commisurato al prezzo del titolo di viaggio in caso di mancata risposta al reclamo, ovvero mancato riscontro nel termine di 60 giorni dalla data di ricezione del reclamo ovvero in caso di risposta non motivata. Tale misura *in primis* non trova riscontro nella attuale normativa di riferimento europea, in particolare i Regolamenti CE n. 261/2004 e CE n. 1107/2006.<sup>41</sup>

Pertanto la disciplina introdotta dalla delibera n.92/2024 potrebbe in concreto creare distorsioni a livello concorrenziale, in quanto quest'ultima sarebbe applicabile unicamente ai gestori di aeroporti italiani ed ai vettori che operano nel mercato del nostro Paese.

Oltre alla mancata copertura di norme europee, suddetto atto regolatorio sembra violare il principio di proporzionalità con riferimento all'automaticità del sopraesposto indennizzo da erogare al passeggero. Tale misura costituisce pacificamente un aggravio, in termini economici, per le compagnie aeree, le quali potrebbero poi essere attinte da sanzioni pecuniarie irrogate da ENAC

penalistiche si vedano G. CIVIELLO, *Recensione a Nicola Madia. Ne bis in idem europeo e giustizia penale. Analisi sui riflessi sostanziali in materia di convergenze normative e cumuli punitivi nel contesto di uno sguardo d'insieme*, in *Arch. pen. web*, 21 luglio 2020, N. GALANTINI, *Evoluzione del principio del ne bis in idem europeo tra norme convenzionali e norme interne di attuazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1567 ss.; B. LAVARINI, *Il "fatto" ai fini del ne bis in idem tra legge italiana e Cedu: la Corte costituzionale alla ricerca di un difficile equilibrio*, in *Proc. pen. E giustizia*, 2017, fasc. 1, p. 64 ss.; N. MADIA, *Il ne bis in idem convenzionale e comunitario alle prese con la litispendenza*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 9 giugno 2015; E.M. MANCUSO, *Ne bis in idem e giustizia sovranazionale*, in AA. VV., *La nuova giustizia penale tributaria*, a cura di A. GIARDA, A. PERINI e G. VARRASO, Milano, 2016, p. 540 ss.; I. GIACONA, *I due "ne bis in idem", sostanziale e processuale: omonimi ma non parenti*, in *riv. Diritto penale contemporaneo*, fasc.2/2023, R. GAETA, *Applicabilità in sede esecutiva del divieto di bis in idem in pre-senza di un conflitto pratico tra giudicati*, in *riv. Diritto penale e processo*, fasc.8/2024. Sul *ne bis in idem* su tematiche di diritto commerciale si vedano S. SEMINARA, *Insider trading: ne bis in idem, nozione di informazione privilegiata e accertamento probatorio*, in *rivista Giurisprudenza Commerciale*, fasc.1/2024, M. MECATTI, *Sanzioni Consob: ne bis in idem e standard probatorio*, in *rivista Giurisprudenza commerciale*, fasc.4/2024. Con riguardo alla Pubblica Amministrazione si vedano A. LONGO, *Il concorso tra sanzione amministrativa e penale e il principio del 'ne bis in idem'*, in *giustAmm.it*, fasc. 12/2021, L. BOIERO, *I principi del "ne bis in idem" e della tempestività nel procedimento disciplinare*, in *rivista Risorse umane nella pubblica amministrazione* in fasc. 4/5 del 2024.

41. Si ricorda inoltre che è tuttora in corso una consultazione per addivenire ad un regolamento *omnibus*, le cui misure proposte pur ricalcando a grandi linee la disciplina prevista dalla delibera n.92/2024, potrebbero comunque di scostarsene sui contenuti più di dettaglio. Tale regolamento omnibus andrebbe a modificare i regolamenti (CE) n. 261/2004, (CE) n. 1107/2006, (UE) n. 1177/2010, (UE) n. 181/2011 e (UE) 2021/782 per quanto riguarda l'applicazione dei diritti dei passeggeri nell'Unione e del Regolamento sui diritti dei passeggeri nel contesto dei viaggi multimodali. Tra le misure proposte in tale normativa, può citarsi l'articolo 8 *bis* dove è posto in capo al vettore di pubblicare in maniera chiara, comprensibile e accessibile al passeggero le procedure di rimborso da attivare con l'intermediario. Inoltre con l'articolo 15 *bis* si vorrebbero introdurre "standard di qualità del servizio", relativamente proprio alla gestione dei reclami, con l'obbligo sia per i gestori sia per i vettori di pubblicare, ogni due anni, sul proprio sito web, le relative informazioni. Infine l'articolo 16 *bis* di tale proposta di regolamento propone l'adozione da parte della Commissione di un modulo comune e accessibile per le richieste di compensazione e rimborso che dovrà essere accettato dai vettori operativi e dagli intermediari.

in qualità di Organismo responsabile dell'applicazione del Regolamento CE 261/2004 nei casi in cui siano accertate violazioni del richiamato Regolamento. I gestori aeroportuali invece, possono essere sanzionati in base all'art. 705 del Cod. Nav. qualora non garantiscano gli standard indicati dalle Carte dei servizi.

Deve poi considerarsi che il passeggero, dopo aver esperito la conciliazione tramite il portale Conciliaweb e successivamente essersi rivolto all'ENAC, potrebbe poi legittimamente adire alle vie legali, con il vettore aereo che rischia nella sostanza tre "sanzioni" di natura e di origine ben diverse. Le virgolette sono d'obbligo, in quanto ciò che previsto dalla delibera n.92/2024 è denominato, come sopra esposto "indennizzo", mentre quanto previsto dall'ENAC è invece una sanzione di tipo pecuniario, mentre attraverso una sentenza del giudice amministrativo si perviene ad un risarcimento del danno. Inoltre non è lo stesso fatto a causare le suddette tre "sanzioni", in quanto l'indennizzo automatico derivante dalla delibera n.92/2024 è dovuto per la tardiva o mancata risposta ad un reclamo del passeggero, mentre la sanzione dell'ENAC e quanto stabilito in una sentenza del giudice amministrativo derivano direttamente dal disservizio occorso.

Pertanto, alla luce delle considerazioni sopra esposte, può certamente concludersi che non può configurarsi nessun tipo di *ne bis in idem* sostanziale in materia tra le sanzioni previste dall'ART e dell'ENAC. Risultava infatti già di per sé provocatorio evocare suddetto principio giuridico che è applicabile soltanto qualora uno stesso fatto venga punito sia dal punto di vista penale sia dal punto di vista amministrativo. Alla luce poi del fatto che sono due diverse condotte che vengono stigmatizzate attraverso un indennizzo automatico per una ed una sanzione amministrativa ex legge 681/1989 l'altra, non può nemmeno parlarsi di un *ne bis in idem sui generis*.

### 6. Conclusioni: nuove e vecchie problematiche irrisolte

Si è avuto modo di analizzare in precedenza le problematiche sottese all'introduzione della disciplina prevista dalla delibera ART n.92/2024, che pur non configurando un *ne bis in idem* "canonico", pacificamente potrebbe comportare un aggravio economico per i vettori aerei e una duplicazione dell'esborso per questi ultimi in caso di comportamenti non legittimi nei confronti dei passeggeri sia durante l'erogazione del servizio, sia successivamente in sede di arbitrato qualora sia avvenuto un disservizio nella prestazione di trasporto aereo.

Come sopra esposto la delibera ART n.92/2024, oltre ad eccedere il dettato del quarto comma dell'art.37 del d.l. n.201/2011, non ha copertura dal punto di vista della normativa comunitaria. Infatti va precisato che il regolamento (CE) n. 261/2004 non contiene alcuna previsione specifica che imponga l'obbligo di istituire un sistema per il trattamento dei reclami, mentre l'articolo 15 del regolamento (CE) n. 1107/2006, che disciplina la procedura di reclamo con riguardo ai diritti sanciti dal medesimo regolamento, dispone, al paragrafo 1, che "se ritiene che il presente regolamento sia stato violato, la persona con disabilità o la persona a mobilità ridotta può richiamare sulla questione l'attenzione del gestore aeroportuale o del vettore aereo interessato, a seconda del caso": con riferimento a tale disposizione, il d.lgs. 24/2009 non prevede alcuna specifica sanzione.

Con riferimento ai gestori aeroportuali invece, si ricorda che le Carte dei Servizi sono lo strumento attraverso cui ogni società di gestione determina annualmente quali sono gli standard qualitativi minimi di tutti i servizi offerti che si impegna a far osservare nel suo scalo. Tali documenti vengono predisposti in base alla circolare ENAC GEN-06 citata in precedenza. Sembra tuttavia non appropriato che l'ART abbia utilizzato, nel redigere il contenuto della sua delibera n.92/2024, lo strumento delle Carte dei servizi come parametro di riferimento per l'attivazione di una procedura di reclamo che prevede, come detto, in caso di non tempestività del riscontro, l'applicazione di un indennizzo automatico. Sarebbe infatti auspicabile che rientrassero nell'ambito di applicazione della disciplina dei reclami di tale delibera soltanto quelli riconducibili ad un disservizio dell'infrastruttura aeroportuale, escludendo dunque altre tipologie di attività cosiddette "non aviation", (come ad esempio la ristorazione, i parcheggi, ecc.).

Infine la delibera ART n.92/2024 pone in essere un nuovo conflitto di competenze tra la stessa e l'ENAC poiché si è analizzato come vi sia una sovrapposizione di compiti, di "sanzioni" e di normative in merito alla qualità del servizio offerto dai vettori aerei e dai gestori aeroportuali nonché successivamente qualora l'utente, non pago del trattamento offerto (o mai ricevuto), decida di far valere i propri diritti, prima in sede arbitrale, poi successivamente inviando reclamo all'ENAC, ed infine, se ancora non soddisfatto, adendo le vie legali.

La delibera ART n.92/2024 dunque fa emergere un problema latente nel nostro ordinamento, al quale il legislatore non ha voluto ancora porre rimedio: ci si riferisce alla possibilità di affidare totalmente la tutela dei passeggeri aerei all'Autorità dei Trasporti, estromettendo l'ENAC, che verrebbe relegata ad ente di regolazione tecnica totalmente sganciato dagli utenti di tale modalità di trasporto.

Inizialmente l'assegnazione di tali compiti all'ENAC poteva considerarsi positivamente, poiché prima dell'entrata in vigore del d.l. n.201/2011, il suddetto era l'unica Pubblica amministrazione che si occupava della vigilanza e regolazione dell'aviazione civile in Italia (salvo determinate competenze in capo al Ministero dei trasporti). Tuttavia, una volta istituita l'Autorità dei trasporti ci si è più volte chiesti se fosse necessario trasferire a quest'ultima le competenze sopra menzionate.<sup>42</sup>

Vi sono alcune ragioni che spingono in tal senso. *In primis*, la tutela dei passeggeri da parte dell'Autorità dei trasporti risulta essere "parziale", poiché appunto mancano tra le sue competenze quella del controllo su coloro che si spostano utilizzando il mezzo aereo.

42. Come noto il d.lgs. 27 gennaio 2006, n. 69, assegna all'Enac la tutela dei passeggeri del trasporto aereo. Può citarsi a riguardo l'audizione del Presidente dell'ART tenutasi il 4 febbraio 2020 relativamente al disegno di legge n.727 in corso di discussione nelle commissioni parlamentari competenti, nella quale quest'ultimo afferma che "si è evidenziata fra l'altro la necessità che, a fronte della natura multimodale dell'attuale domanda di mobilità, il riordino contempra il superamento di un sistema di garanzie dei diritti dei passeggeri di fonte euro unitaria che oggi coinvolge soggetti diversi, mediante l'attribuzione all'Autorità (già responsabile di quelle relative ai diritti dei passeggeri nel trasporto via ferrovia, autobus e mare e vie navigabili interne) anche delle competenze attinenti alle relative funzioni nel settore aereo, attualmente attribuite all'ENAC.

La disciplina elaborata in sede europea e nazionale sui diritti dei viaggiatori dunque, pur risultando uniforme, viene vigilata da due soggetti pubblici tra di loro molto diversi per natura giuridica:<sup>43</sup> ciò comporta una tutela differenziata tra gli utenti che viaggiano su strada, mare o rotaia rispetto a chi viaggia in aereo. Infatti, dato il diverso *status* giuridico dell'ART rispetto all'ENAC, inevitabilmente l'*enforcement* della prima risulta essere superiore a quello del secondo. Tali considerazioni non rimangono confinate in concetti astratti ma hanno conseguenze ben precise sul piano concreto. Si pensi ad esempio alle recenti disposizioni in materia di rimborso tramite voucher di biglietti non utilizzati a causa della pandemia dovuta al Covid-19.<sup>44</sup> L'ART, che come autorità indipendente gode di maggiori poteri ed è svincolata dal potere politico, ha confermato la posizione già manifestata dalla Commissione Europea<sup>45</sup> circa il diritto del passeggero a poter sempre e comunque scegliere la modalità di rimborso allo stesso più congeniale. Essa ha espressamente affermato che “nell'esercizio dei previsti poteri di vigilanza [...] interverrà per garantire la concreta applicazione dei diritti di fonte europea disapplicando, ove necessario, la norma nazionale in contrasto”.<sup>46</sup> Nel caso dell'ENAC invece, ciò non è avvenuto poiché esso si è invece sostanzialmente allineato al dettato normativo italiano, indirettamente avallando la prassi dei vettori aerei di rimborsare i passeggeri tramite *voucher*.<sup>47</sup> Conseguentemente, quanto avvenuto per rimborsi dei biglietti aerei in Italia, è stato oggetto di procedura di infrazione europea.<sup>48</sup>

43. L'ENAC infatti è un ente pubblico non economico sotto la vigilanza del Ministero dei trasporti.

44. Si veda a riguardo l'art. 88 bis del d.l. 17 marzo 2020 n. 18, introdotto dalla legge 24 aprile n.27 e successivamente modificato dalla legge 17 luglio 2020 n. 77. Sul punto sia consentito il rimando A G. PISANTI, *I diritti dei passeggeri aerei ai tempi del Covid-19: prime considerazioni*, in riv. *Dir. nav.*, n.1/ 2020, p. 379 ss.

45. Si vedano la Comunicazione della Commissione europea del 18 marzo 2020 e la sua successiva Raccomandazione del 13 maggio 2020.

46. Così la Relazione al settimo rapporto dell'ART presentata il 24 luglio 2020 alla Camera dei Deputati, 15, e pubblicata sul sito web dell'Autorità. Anche l'AGCM, autorità indipendente al pari dell'Autorità dei trasporti, ha deciso di disapplicare la normativa nazionale sopra menzionata. Si veda a riguardo la segnalazione dell'AGCM al Parlamento ed al Governo del 28 maggio 2020, 10, pubblicata sul sito web [www.agcm.it](http://www.agcm.it). Per un commento a riguardo si veda C. CRISCIONE, *Segnalazione dell'Antitrust fra armonizzazione massima e solidarietà sociale*, in sito web [www.il diritto.it](http://www.il diritto.it).

47. L'ENAC tuttavia, pur non affermando, come hanno fatto l'AGCM e l'ART che l'art. 88 bis del d.l. 17 marzo 2020 n. 18 fosse contrario ai principi europei, nel suo comunicato stampa del 18 giugno 2020, ha formalmente richiamato i vettori operanti in Italia al rispetto del reg. Ce n.261/2004, affermando che le cancellazioni operate dal 3 giugno 2020 “non sembrano possano essere ricondotte, salvo casi specifici, a cause determinate dal Covid-19 [...] ma a scelte imprenditoriali”. Pertanto per i voli schedulato dal 3 giugno 2020 e cancellati dai vettori, l'ENAC, qualora non abbia plausibili giustificazioni da parte delle compagnie aeree sul fatto che le cancellazioni siano avvenute per le conseguenze dell'emergenza “Covid-19”, non applicherà tale art. 88 bis ma il Reg. Ce n.261/2004. In tali fattispecie dunque non sarà avalla la prassi dei voucher sopra descritta.

48. Infatti “la Commissione europea ha aperto, due procedure di infrazione nei confronti dell'Italia, con l'invio, il 2 luglio 2020, della lettera di costituzione in mora, per aver violato le norme dell'UE sulla tutela dei diritti dei passeggeri. Secondo la procedura avviata nei confronti di Italia e Grecia, i due Paesi avrebbero adottato disposizioni che prevedono l'emissione del voucher quale unica forma di rimborso a seguito di cancellazione del viaggio per l'emergenza Covid, in violazione dei regolamenti dell'UE sui diritti dei passeggeri, ai quali deve essere riconosciuto il diritto di scegliere tra un rimborso in denaro o in altra forma, tra cui il voucher”, così il dossier n.256/6

Infine la possibilità di sanzioni pecuniarie, per i vettori di trasporto, più consistenti se erogate dall’Autorità dei trasporti rispetto a quelle comminabili dall’ENAC, comporta che le compagnie aeree, rispetto alle imprese operanti nelle altre modalità di trasporto, siano più propense opportunisticamente al cosiddetto “*moral hazard*”, “che può manifestarsi nella violazione ripetuta delle norme di tutela dei diritti, nel pagamento dell’oblazione (che presuppone il riconoscimento della violazione), e nel ricorso selettivo al rimedio giurisdizionale in funzione dell’ammontare della sanzione, aumenti con l’esercizio di un effettivo potere di mercato”.<sup>49</sup>

Se dunque sembrerebbe coerente per l’ordinamento protendere per assegnare totalmente tutta la disciplina in materia di tutela dei passeggeri aerei all’ART, vi sono elementi che fanno propendere per mantenere in campo all’ENAC le sue funzioni e prerogative. Per quanto riguarda infatti lo *status* giuridico dell’ENAC, che può limitarne la forza e l’efficacia delle decisioni e delle misure intraprese, nulla vieterebbe al legislatore il riconsiderare la natura di tale soggetto pubblico aumentandone l’indipendenza e l’autonomia dal potere politico. Senza voler disquisire su quale possa essere la futura evoluzione della natura giuridica dell’ENAC,<sup>50</sup> il principale quesito da porsi è se sia opportuno mantenere due entità pubbliche che si occupano entrambe della tutela dei passeggeri, sia pure nell’ambito delle rispettive competenze. Come già detto si potrebbe concludere che dovrebbe essere l’Autorità dei trasporti ad assommare a sé tutte le competenze e le funzioni in materia. Tuttavia non deve dimenticarsi che l’ENAC ha sviluppato in quasi trent’anni di attività un *know-how* sul tema molto vasto ed approfondito, ed ha inoltre il vantaggio di essere fisicamente presente sui principali scali italiani con propri uffici e personale specializzato e dunque può assicurare una tutela più puntuale e più vicina dei diritti dei passeggeri.

In conclusione pertanto l’ordinamento può reggere la presenza di due organismi afferenti alla Pubblica amministrazione che si occupano del medesimo tema, a patto che i rispettivi ambiti di intervento sia ben delineati. Si è visto che a livello normativo, pur nella vacuità dell’art. 37 del d.l. n.201/2011, ciò è stato garantito, anche alla luce del protocollo d’intesa citata in precedenza sottoscritto da entrambi tali soggetti pubblici.

Resta dunque il “neo” di tali indennizzi automatici, non previsti dalla normativa comunitaria, e la cui giustificazione troverebbe, (il debole), fondamento nel combinato disposto dell’articolo 37, comma 2, lett. e) della norma istitutiva dell’Autorità letto in combinato disposto con l’articolo 2, comma 12, lett. g) della l. 481/1995, ai sensi del quale: “ciascuna Autorità nel perseguire le finalità di cui all’articolo 1 svolge le seguenti funzioni: (...) g) controlla lo svolgimento dei servizi con poteri

volume III, relativo al disegno di legge “Misure urgenti in materia di salute e di sostegno al lavoro e all’economia (cd. Decreto Rilancio) D.L. 34/2020 (approvato dalla Camera dei deputati) – A.S. 1874 – Volume III – Articoli 186-266”, p. 334, pubblicato sul sito web [www.camera.it](http://www.camera.it).

49. Così la Relazione al settimo rapporto dell’ART presentata il 24 luglio 2020 alla Camera dei Deputati, 15, e pubblicata sul sito web dell’Autorità.

50. A riguardo si rimanda alle considerazioni espresse nel volume di L. TULLIO, *Possibili evoluzioni della veste giuridica dell’Enac. Introduzione* in Aa.Vv. (a cura di Apac) *Prospettive per un governo dell’aviazione civile in Italia. Quale veste giuridica per l’Enac*, Napoli, 2011, p. 73.

di ispezione, di accesso, di acquisizione della documentazione e delle notizie utili, determinando altresì i casi di indennizzo automatico da parte del soggetto esercente il servizio nei confronti dell'utente ove il medesimo soggetto non rispetti le clausole contrattuali o eroghi il servizio con livelli qualitativi inferiori a quelli stabiliti nel regolamento di servizio di cui al comma 37, nel contratto di programma ovvero ai sensi della lettera h)".

Non convince neanche la circostanza che analoghe misure sono state adottate dalla suddetta *Authority* nel settore del trasporto via mare e per le vie navigabili interne, nonché nel trasporto via treno e autobus.<sup>51</sup>

Si deve infatti ricordare che in tali settori non esistono altri organismi pubblici volti alla tutela dei passeggeri di tali modalità di trasporto, mentre per il settore aereo, come detto, il "NEB" è l'ENAC. Qualora il legislatore non interverrà in futuro per meglio definire i rispettivi ambiti di competenza tra l'ART e l'ENAC in materia, è probabile che a riguardo interverrà la giurisprudenza per definire la legittimità o meno degli indennizzi automatici previsti dalla delibera ART n.92/2024.

51. Infatti, con la delibera n. 83/2019, l'Autorità ha approvato l'atto di regolazione relativo alle "Misure concernenti il contenuto minimo degli specifici diritti che gli utenti dei servizi di trasporto via mare e per vie navigabili interne possono esigere nei confronti dei gestori dei servizi e degli operatori dei terminali con riguardo al trattamento dei reclami", introducendo, tra le altre, una specifica misura in tema di indennizzi automatici. Misure di analogo contenuto sono previste, altresì, dall'Allegato A alla delibera n. 28/2021, con riguardo al contenuto minimo degli specifici diritti che gli utenti dei servizi di trasporto ferroviario e con autobus.

## *Data Protection e Data Retention: la sicurezza nell'uso dei dati PNR\**

Maria Pia d'Antuono

Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche e Sociali per l'Innovazione presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli"

### Abstract

*Data Protection and Data Retention: security in the use of PNR data.*

*In recent years, the control over our lives has been fostered using technology, which, due to its intrusiveness, allows the monitoring of large flows of information that may contain numerous elements from which to infer habits, geolocation, and communication patterns. Faced with this new challenge, the supranational legislature first, and the national legislature later, has been active with regulatory interventions aimed at regulating the matter and meeting the delicate balance between the free movement of personal data and their necessary protection. Without claiming to be exhaustive, the following paper proposes an analysis on the necessary but considered balance between securitarian needs and those aimed at protecting individual freedoms in order to avoid that, in the name of security, the very fundamental principles on which democracy itself is based are compromised.*

*Negli ultimi anni, il controllo sulle nostre vite è stato favorito dall'utilizzo della tecnologia che, per la sua intrusività, permette di monitorare grandi flussi di informazioni che possono contenere numerosi elementi da cui desumere abitudini, geolocalizzazioni e modelli di comunicazione. Di fronte a questa nuova sfida, il legislatore sovranazionale prima, e quello nazionale poi, si sono attivati con interventi normativi volti a disciplinare la materia e a raggiungere il delicato equilibrio tra la libera circolazione dei dati personali e la loro necessaria protezione. Il saggio propone un'analisi sul necessario ma ponderato bilanciamento tra le esigenze securitarie e quelle di tutela delle libertà*

\* Sottoposto a referaggio.

*individuali per evitare che, in nome della sicurezza, vengano compromessi i principi fondamentali su cui si basa la stessa democrazia.*

*Key words: General Data Protection Regulation, Passenger Name Record, Principle of proportionality, Balancing of rights, Data Retention.*

*Parole chiave: General Data Protection Regulation, Passenger Name Record, principio di proporzionalità, bilanciamento dei diritti, Data Retention.*

**Sommario** – 1. Premessa – 2. Il *General Data Protection Regulation* GDPR – 3. Il *Passenger Name Record* PNR – 4. *Data Retention* e il riconoscimento biometrico alla luce del caso Ryanair – 5. Considerazioni conclusive: il rischio del Panopticon Digitale.

## 1. Premessa

Negli ultimi anni il controllo sulle nostre vite è stato potenziato dall'uso della tecnologia che, per la sua intrusività, consente il monitoraggio di grandi flussi di informazioni che possono contenere numerosi elementi da cui desumere abitudini, geolocalizzazioni e modalità di comunicazione. Il processo di globalizzazione, l'evoluzione dei mezzi tecnologici, la sottile ma incisiva invadenza della rete internet e gli attuali problemi di sicurezza nazionale hanno evidenziato la necessità di implementare una protezione più efficace e innovativa nel trattamento dei dati personali rispetto al passato.<sup>1</sup> Di fronte a questa nuova sfida, il legislatore sovranazionale prima, e quello nazionale poi, non sono rimasti inerti, ma si sono attivati con diversi interventi normativi tesi a regolamentare la materia e a realizzare il delicato bilanciamento tra la libera circolazione dei dati personali e la loro necessaria protezione.<sup>2</sup>

Emerge, quindi, una nitida contrapposizione la necessità di soddisfare gli interessi specifici del titolare del trattamento e la protezione del soggetto coinvolto.

1. "L'avvento della società dell'informazione può essere infatti registrato come quel passaggio da un "prima", nel quale il principale problema di chi gestiva dati e informazioni era riuscire a diffonderli qualora volesse o dovesse dare ad essi pubblicità, a un "dopo", nel quale, invece, chi gestisce dati incontra difficoltà quando voglia impedire che "tutti sappiano tutto" indiscriminatamente", così D. MARONGIU, *I dati delle pubbliche amministrazioni come patrimonio economico nella società dell'informazione*, in *Informatica e diritto*, XVIII, 2008, n. 1-2, p. 355. Per ulteriori approfondimenti, si v. S. RODOTÀ, *Elaboratori elettronici e controllo sociale*, Il Mulino, Bologna, 1973; G. ARENA, *La tutela della riservatezza nella società dell'informazione*, in AA.VV., *Scritti in onore di Pietro Virga*, I, Milano, 1994, p. 70 ss.

2. Il diritto ad essere lasciati soli è stato soppiantato dal diritto alla tutela dei dati personali, nonché strumento atto a contrastare una nuova forma di controllo più avanzata e pervasiva: il potere informatico. AA.VV., *La tutela della privacy informatica. Problemi e prospettive*, (a cura di V. FRANCESCHELLI), *Studi di diritto dell'economia*, Milano, Giuffrè, 1998.

La crescente mole di dati generati dal mondo digitale, unita all'evoluzione di tecnologie sempre più complesse e avanzate, ha reso la raccolta e il trattamento delle informazioni personali un processo sempre più pervasivo e, al contempo, difficile da monitorare.<sup>3</sup>

Uno dei settori in cui emergono tensioni significative tra la sicurezza, quale bene costituzionalmente protetto, e i diritti fondamentali è quello in cui la salvaguardia del diritto alla privacy può costituire un ostacolo per la protezione della sicurezza intesa sia come valore individuale che collettivo.<sup>4</sup>

Il presente contributo si propone di analizzare il complesso e intricato rapporto tra libertà individuale e sicurezza, con particolare attenzione alla tutela offerta dall'ordinamento eurounitario e italiano in materia di concorrenza e protezione dei dati personali. Sebbene tradizionalmente interpretate in un'ottica di contrapposizione, tali dimensioni richiedono oggi una rilettura che ne evidenzi la complementarità e l'interconnessione.<sup>5</sup>

La ricerca si pone l'obiettivo di dimostrare che il diritto alla protezione dei dati personali debba essere inteso come uno strumento al servizio dell'uomo, evitando di configurarlo come prerogativa assoluta, ma collocandolo nel contesto della sua funzione sociale e bilanciandolo con altri diritti fondamentali, nel rispetto del principio di proporzionalità.<sup>6</sup>

3. La portabilità dei dati è un principio chiave del Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati dell'UE. Considerando l'ampia interpretazione del concetto di "dato personale", il diritto alla portabilità si estende ad una vasta gamma di dati, generando talvolta sovrapposizioni e conflitti con altri interessi. G. ETTORE, *Dati personali (tutela dei)*, in *Enc. diritto*, 1999. Tra i tanti, si v. V. FRANCESCHELLI, *Computer e diritto*, Rimini, Maggioli, Ed., 1989; G. ALPA, B. MARKESINIS, *Il diritto alla "privacy" nell'esperienza di "common law" e nell'esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n. 2, 1997; G. ALPA, *La disciplina dei dati personali*, Roma, 1998; AA.VV., (a cura di V. FRANCESCHELLI) *La tutela della privacy informatica. Problemi e prospettive*, in *Studi di Diritto dell'Economia*, Milano, Giuffré, 1998; S. NIGER, *Le nuove dimensioni della privacy: dal diritto alla riservatezza alla protezione dei dati personali*, Cedam, Padova, 2006; F. PIZZETTI, *Privacy e diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla Direttiva 95/46 al nuovo Regolamento Europeo*, Torino, Giappichelli, ed. 2016; G. ALPA, *L'identità digitale e la tutela della persona. Spunti di riflessioni*, in *Contratto e impresa*, 2017, p. 723 ss.
4. Il crescente ricorso a nuove tecnologie di sorveglianza in funzione di attività investigativa è un fenomeno oramai diffuso, legato in gran parte al chiaro spostamento dell'attenzione nelle indagini penali dalla tradizionale sfera repressiva a quella preventiva. Cfr. F. NICOLICCHIA, *Il principio di proporzionalità nell'era del controllo tecnologico e le sue implicazioni processuali rispetto ai nuovi mezzi di ricerca della prova*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, 2018, disponibile online. Per altri approfondimenti, si v. A. VEDASCHI, *Intelligenza artificiale e misure antiterrorismo alla prova del diritto costituzionale*, in *Consulta online*, 17 febbraio 2020, p. 2.
5. M. OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in *MediaLaws*, 2, 2018, p. 82. Per approfondimenti, si v. L. CASINI, *Lo Stato ai tempi di Google*, Milano, 2020; R. D'ORAZIO, G. FINOCCHIARO, O. POLLICINO, G. RESTA, *Codice della Privacy e data protection*, Milano, 2021.
6. Considerando 4 del Regolamento 2016/679/UE. G. FINOCCHIARO, (a cura di) *Il nuovo regolamento europeo sulla privacy e sulla protezione dei dati personali*, Bologna, Zanichelli, 2017; ID, *Introduzione al Regolamento europeo sulla protezione dei dati*, in *Le Nuove leggi civ. comm.*, 2017, p. 1 ss.

## 2. Il *General Data Protection Regulation* GDPR

L'entrata in vigore del Regolamento UE n. 679 del 2016 relativo “alla protezione delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali, nonché alla libera circolazione di tali dati” ha abrogato e sostituito la Direttiva 95/46/CE, per anni pietra angolare della normativa dell'Unione Europea in materia di protezione dei dati personali.<sup>7</sup>

Rispetto al tentativo di armonizzazione avviato con la Direttiva 95/46/CE, l'attuazione del GDPR porta ad una normativa uniforme in tutti i paesi UE, caratterizzata da un insieme di regole comuni rispetto ai diritti degli interessati e agli obblighi di coloro che effettuano il trattamento dei dati; il provvedimento si distingue per l'obiettivo di assurgere a punto di riferimento per l'intera legislazione europea, riducendo, se non eliminando del tutto, la frammentazione e l'incertezza normativa che la Direttiva 95/46 non era riuscita ad evitare.<sup>8</sup>

7. Nel disposto di cui al Considerando 9, il legislatore europeo riconosce espressamente che la Direttiva 95/46/CE “non ha impedito la frammentazione dell'applicazione della protezione dei dati personali nel territorio dell'Unione, né ha eliminato l'incertezza giuridica o la percezione [...] che [...] le operazioni online comportino rischi per la protezione delle persone fisiche” in E. LUCCHINI GUASTALLA, *Privacy e Data Protection: principi generali*, in E. BATTELLI, *Privacy digitale: riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Giuffrè, 2019, p. 57. Con l'entrata in vigore del GDPR, la Direttiva 95/46/CE è stata definitivamente abrogata, così come le leggi nazionali sulla protezione dei dati adottate durante la sua applicazione (cfr. art. 94 GDPR). Tali normative nazionali restano efficaci e applicabili esclusivamente nei casi in cui il GDPR stesso prevede un rinvio al legislatore nazionale dei singoli Stati membri. Al di fuori di quest'ambito, le leggi nazionali che risultano in contrasto con la normativa europea devono essere disapplicate (cfr. art. 16 TFUE). Per altri approfondimenti, si v. E. CARLONI, *Le linee guida del garante: protezione dei dati e protezione dell'opacità*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014; M. CASTELLANETA, *L'incidenza del regolamento GDPR sul quadro normativo esistente*, in *Notariato*, 2018; E. FACCIOLI & M. CASSARO, *Il “GDPR” e la normativa di armonizzazione nazionale alla luce dei principi di accountability e privacy by design*, in *Dir. ind.*, 2018; F. TIGANO, *Protezione dei dati personali e pubblica amministrazione: alcuni spunti di riflessione*, in *Dir. soc.*, 2, 2022.

8. La differenza tra la Direttiva 95/46/CE e il Regolamento 2016/679 riflette l'evoluzione dell'ordinamento giuridico europeo, che ha altresì determinato un mutamento significativo della base di legittimità del secondo rispetto alla prima. La Direttiva 95/46/CE riconosceva la protezione dei dati personali come un diritto fondamentale e sottolineava la necessità di armonizzare le normative degli Stati membri per favorire la libera circolazione dei dati all'interno della Comunità Economica Europea. Il GDPR, invece, si distingue per la sua maggiore completezza normativa, basandosi sull'imperativo di garantire pienamente il diritto fondamentale alla protezione dei dati personali, come sancito dalla Carta dei Diritti Fondamentali e dal Trattato di Lisbona. Sul punto, si v. F. PIZZETTI, *La protezione dei dati personali e la sfida dell'Intelligenza Artificiale*, in F. PIZZETTI, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, 2018, p. 8 ss. Si veda anche A. PALLOTTA, *Regolamento europeo n. 679/2016: profili di continuità e aspetti innovativi*, in *Mercato unico digitale, dati personali e diritti fondamentali*, in *Rivista Eurojus*, luglio 2020, p. 95. “Le ricadute normative del Regolamento, per quanto riguarda la situazione italiana, sono compendiate nel d.lgs. 10 agosto 2018, n. 101 contenente “Disposizioni per l'adeguamento della normativa nazionale alle disposizioni del Reg. UE 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016”, che ha armonizzato ed integrato il d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196, Codice privacy al GDPR, ed il cui iter di validazione è stato piuttosto travagliato” così F. BRIZZI, *Privacy; la tutela penale dei dati personali*, Giuffrè, 2020, p. 4.

In questo contesto, il GDPR ha rappresentato un'occasione cruciale non solo per stabilire un livello di regolazione della protezione dei dati personali capace di ridurre le divergenze tra i vari ordinamenti nazionali, ma anche per assicurare un bilanciamento tra la tutela dei dati e la loro circolazione nel mercato interno.<sup>9</sup>

Il Regolamento ha introdotto una serie di novità che riguardano sia la tutela dei soggetti interessati, o comunque della parte vulnerabile del trattamento, sia, in modo più specifico, il titolare, inteso come la persona fisica che esercita un'attività di trattamento del dato indipendentemente dalla natura economica della sua attività.<sup>10</sup> Per certi versi, sembra che il Regolamento ribalti la prospettiva della Direttiva, concentrandosi maggiormente sui diritti, sugli obblighi e sulle misure di sicurezza che riguardano il Titolare e il Responsabile, piuttosto che sui diritti dei *data subject*: la protezione dei dati, che in precedenza veniva affrontata dal punto di vista dei diritti degli interessati, appare ora considerata principalmente dall'altro punto di vista.

In generale, si evince chiaramente quanto il *leitmotiv* del GDPR faccia ben intendere come la sua disciplina sia destinata a tutelare le persone fisiche indipendentemente dalla loro nazionalità o residenza, in relazione al trattamento dei loro dati personali.

Una volta entrati nello spazio virtuale di internet, gli individui sembrano proiettati in una dimensione giuridica parallela, dominata da soggetti capaci di controllare le vite dei singoli ben oltre le tradizionali prerogative degli Stati nazionali. Il GDPR, con la sua articolata regolamentazione, riflette il timore che gli individui possano ridursi a semplici dati, mentre grandi multinazionali,

9. Sul bilanciamento dei diritti nel quadro europeo della protezione dei dati, tra i tanti si v. F. PIZZETTI *Op. loc. cit.*, p. 225 ss; N. ZORZI GALGANO, *Le due anime del GDPR e la tutela del diritto alla privacy*, in *Persona e Mercato dei dati. Riflessioni sul GDPR*, 2019, p. 35 ss.

10. Per ulteriori approfondimenti, si v. F. PIZZETTI, *Op. loc. cit.*, p. 153 ss. L'art. 4 del Regolamento UE 2016/679, Fornisce le fondamentali definizioni di "trattamento" e di "dato personale". Per "trattamento" s'intende "Qualsiasi operazione o insieme di operazioni compiute con o senza l'ausilio di processi automatizzati e applicate a dati personali o insiemi di dati personali, come la raccolta, la registrazione, l'organizzazione, la strutturazione, la conservazione, l'adattamento o la modifica, l'estrazione, la consultazione, l'uso la comunicazione mediante trasmissione, diffusione o qualsiasi altra forma di messa a disposizione, il raffronto o l'interconnessione, la limitazione, la cancellazione o la distruzione". In combinato disposto, è utile richiamare la lettura dell'art. 9 del Regolamento UE 2016/679, secondo cui "titolare del trattamento" si intende "La persona fisica o giuridica, l'autorità pubblica, il servizio o altro organismo che, singolarmente o insieme ad altri, determina le finalità e i mezzi del trattamento di dati personali; quando le finalità e i mezzi di tale trattamento sono determinati dal diritto dell'Unione o degli Stati membri, il titolare del trattamento i criteri specifici applicabili alla sua designazione possono essere stabiliti dal diritto dell'Unione o degli Stati membri". Per ulteriori approfondimenti, si v. R. MONTINARO, *Tutela della riservatezza e risarcimento del danno nel nuovo "Codice in materia di protezione dei dati personali"*, in *Giust. civ.*, n. 5, 2004; S. CALZOLAIO, *Protezione dei dati personali, estratto da Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Utet, 2017, p. 627; G. ALPA, G. RESTA, *Le persone e la famiglia*, in *Le persone fisiche e i diritti della personalità*, Torino, 2020; A. SANDULLI, *Lo "Stato digitale". Pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.2, 2021, p. 513 ss.

grazie alla capacità di raccogliere enormi quantità di informazioni tramite complessi algoritmi, consolidino posizioni dominanti e poteri di mercato straordinari in questa realtà virtuale.<sup>11</sup>

La formulazione contenuta nel Considerando 7 GDPR, secondo cui “è opportuno che le persone fisiche abbiano il controllo dei dati che li riguardano”, rappresenta un passaggio fondamentale che introduce una significativa innovazione rispetto all'impostazione tradizionale. Tale approccio, consolidatosi prima con la Convenzione del 1981 e poi con la Direttiva 95/46, ancorava la tutela dei dati personali principalmente alla tutela della dignità e dell'identità della persona.<sup>12</sup> La nuova prospettiva si distingue per la capacità di offrire una visione più equilibrata, che integra la protezione dei dati personali con l'esigenza di incentivare il libero flusso delle informazioni nell'ambito dell'economia digitale, ampliandone ulteriormente la portata.<sup>13</sup>

Quanto testé evidenziato mette in luce una connessione continua con la Direttiva 95/46/CE attraverso principi già esistenti: il fine perseguito dal legislatore europeo è stato quello di adeguare l'apparato legislativo alle nuove esigenze di protezione degli interessati e al progresso nel nuovo ambiente digitale, perseguendo l'obiettivo europeo di instaurare quel clima di fiducia e di certezza giuridica necessario per lo sviluppo (anche) dell'economia digitale in tutto il mercato interno.<sup>14</sup>

Il fatto che i dati debbano essere trattati in modo da non compromettere le libertà e i diritti delle persone evidenzia l'importanza del principio di correttezza, che si affianca alla liceità e alla trasparenza e che, ove applicato specificamente nei rapporti tra il titolare del trattamento e l'interessato, assume

11. N. BRUTTI, *Le figure soggettive delineate maiuscolo dal GDPR: la novità del data Protection officer*, in V. FRANCESCHELLI, E. TOSI, (a cura di) *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e Nuovo Codice Privacy*, 2019, p. 120; B. PONTI, *Il luogo adatto dove bilanciare. Il posizionamento del diritto alla riservatezza e alla tutela dei dati personali vs il diritto alla trasparenza nella sentenza n. 20/2019*, in *Le istituzioni del federalismo*, 2019, p. 525 ss.

12. Si tratta del cd. principio dell'autodeterminazione informatica di matrice tedesca secondo cui ogni individuo è titolare del diritto di determinare autonomamente le modalità di divulgazione e di utilizzo dei propri dati personali. F. LAVIOLA, *Il diritto all'autodeterminazione informativa tra concorrenza e data protection. Riflessioni a margine della saga Facebook c. Bundeskartellamt nella giurisprudenza delle corti tedesche e in attesa della Corte di Giustizia*, in E. CREMONA, F. LAVIOLA e V. PAGNANELLI (a cura di), *Il valore economico dei dati personali tra diritto pubblico e diritto privato*, Giappichelli, Torino, 2022.

13. F. PIZZETTI, *Op. loc. cit.*, p. 14 ss. Il Regolamento deve essere letto e applicato avendo chiaro che i trattamenti dei dati personali devono essere effettuati garantendo un equilibrio tra due obiettivi di pari rilevanza: da un lato è fondamentale tutelare il diritto alla protezione dei dati personali, evitando di compromettere la libertà e i diritti della persona; dall'altro, è necessario assicurare la più ampia libertà di circolazione dei dati all'interno del quadro Europeo. Per altri approfondimenti, si v. ID, *Intelligenza artificiale, protezione dei dati personali e regolazione*, Giappichelli, 2018, p. 166.

14. Cons. 5-6-7 GDPR. Il nuovo Regolamento non solo si pone l'obiettivo di tutelare i dati delle persone fisiche, ma anche quello di “dare un quadro più solido e coerente in materia di protezione dati nell'Unione, affiancato da efficaci misure di attuazione, data l'importanza di creare un clima di fiducia che consentirà lo sviluppo dell'economia digitale in tutto il mercato interno” (Cons. 7 GDPR). Già la Direttiva 95/46, all'articolo 1, stabiliva un divieto specifico per gli Stati di restringere o limitare la circolazione dei dati per ragioni legate alla tutela dei dati personali (Considerando 3 GDPR).

una nuova colorazione, garantendo sia un'interazione leale dei diritti e delle aspettative degli individui coinvolti, sia un rispetto delle esigenze di tutela dell'interessato nella prospettiva di un bilanciamento proporzionale che spesso è rimesso al titolare del trattamento.<sup>15</sup> La responsabilità del titolare non si esaurisce, infatti, nella sola valutazione e adozione di misure di sicurezza adeguate, ma richiede altresì un costante monitoraggio e una conseguente documentazione delle attività svolte, rafforzando quell'operazione di "rendicontazione" intesa sia come accessibilità alle informazioni da parte dell'interessato, sia come garanzia alle attività svolte dall'operatore nel rispetto della normativa di settore.<sup>16</sup>

In questo senso, un'ulteriore norma cardine del Regolamento è l'art.5, par. 1, lett. *f*, che stabilisce che i dati personali devono essere "trattati in maniera da garantire un'adeguata sicurezza (dei dati personali), compresa la protezione, mediante misure tecniche e organizzative adeguate, da trattamenti non autorizzati o illeciti e dalla perdita, dalla distruzione o dal danno accidentale". Invero, anche il principio di sicurezza pone in evidenza l'importanza di una valutazione costante e attenta ai rischi connessi al trattamento dei dati, consentendo di apprezzare la relazione di responsabilità che intercorre tra il titolare e il responsabile del trattamento: entrambi sono chiamati non solo a garantire la conformità alle norme ma anche a svolgere un ruolo attivo nella protezione dei dati, adottando misure tecniche e organizzative adeguate e continuamente aggiornate.<sup>17</sup>

Nel GDPR cambia la concezione della sicurezza che assume una portata più ampia rispetto a quanto previsto dalla Direttiva 95/45: non è più considerata un aspetto separato, legato esclusivamente agli obblighi dei titolari e demandato alla regolazione degli Stati membri, ma diviene elemento essenziale dei trattamenti che dovranno garantire un'adeguata protezione dei dati, includendo provvedimenti volti a prevenire trattamenti illeciti o non autorizzati, nonché la perdita, la distruzione o il danneggiamento accidentale dei dati.

La protezione dei dati personali conosce dunque un significativo rafforzamento con l'innesto della sicurezza quale principio cardine;<sup>18</sup> l'implementazione di meccanismi di controllo del rischio sin dalle fasi iniziali del trattamento, unitamente all'obbligo di monitoraggio e reazione continua,

15. Artt. 5-II GDPR. F. BRAVO, *Il principio di solidarietà tra Data protection e Data governance*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), 3, Igiugno 2023, p. 481. Cfr. Considerando n. 4 GDPR.

16. Cfr. art. 24, co.3, Regolamento UE 2016/679, S. CALZOLAIO, *Op. cit.*, p. 631. Per ulteriori approfondimenti, si v. E. FACCIOLO, M. CASSARO, *Il "GDPR" e la normativa di armonizzazione nazionale alla luce dei principi: accountability e privacy by design*, in *dir. industriale*, VI, 2018; A. ALONGI & F. POMPEI, *Diritto della privacy e protezione dei dati personali: il GDPR alla prova della data driven economy*, Casalini, 2021.

17. Alla luce degli obblighi imposti al titolare del trattamento, in particolare quelli previsti dagli artt. 24 e 32 GDPR, emerge chiaramente l'affermazione di un approccio regolatorio responsabilizzante. Cfr. M. RENNA, *Sicurezza e gestione del rischio nel trattamento dei dati personali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 4, 1° aprile 2020, p. 1343. I principi stabiliti nel Regolamento sono interconnessi con una serie di obblighi a carico dei titolari del trattamento e con una serie di diritti spettanti ai soggetti cui i dati personali si riferiscono. Sul punto si v. L. TORCHIA, *Lo Stato digitale. Una introduzione*, in *il Mulino*, 2023, p. 56 ss.

18. Cfr. Artt. 33-34 GDPR.

evidenza come la sicurezza sia un valore intrinseco al trattamento che si impone come principio centrale e direttamente efficace nei rapporti tra titolare, responsabile e soggetti interessati.<sup>19</sup>

In questa prospettiva, garantire la sicurezza nel cyberspazio si rivela imprescindibile per tutelare il pieno esercizio dei diritti fondamentali in un contesto digitale che non rappresenta più una nicchia riservata ad attività specifiche, ma abbraccia l'intera collettività, incidendo sulla quotidianità della vita sociale e professionale.<sup>20</sup>

Secondo il disposto normativo di cui all'art. 33, co. 1, GDPR "in caso di violazione dei dati personali, il titolare del trattamento notifica la violazione all'autorità di controllo competente a norma dell'articolo 55 senza ingiustificato ritardo e, ove possibile, entro 72 ore dal momento in cui ne è venuto a conoscenza, a meno che sia improbabile che la violazione dei dati personali presenti un rischio per i diritti e le libertà delle persone fisiche. Qualora la notifica all'autorità di controllo non sia effettuata entro 72 ore, è corredata dei motivi del ritardo".

La configurazione di un obbligo generale di notifica da parte del titolare del trattamento per ogni violazione costituisce la concretizzazione del principio di *accountability* che emerge come principio immanente e criterio generale di attribuzione della responsabilità.<sup>21</sup>

Si tratta di un dovere fondato sulla procedimentalizzazione della gestione del rischio, calibrato in relazione alla natura e alla gravità della violazione dei dati personali, nonché alle tipologie di rischio cui possono essere esposte le persone fisiche coinvolte.<sup>22</sup>

19. M. RENNA, *Op. loc. cit.*

20. Per altri approfondimenti, si v. A. BALDASSARRE, voce *Libertà*. 1) *Problemi Generali*, in *Enc. Giur.*, XIX, Roma, 1990; T. GIUPPONI, *La sicurezza e le sue "dimensioni" costituzionali*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2008; M. DOGLIANI, *Il volto costituzionale della sicurezza*, in G. COCCO (a cura di), *I diversi volti della sicurezza*, Milano, 2012, p. 1; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, n. 1, 2019; G. DE VERGOTTINI, *Una rilettura del concetto di sicurezza nell'era digitale e della emergenza normalizzata*, in *Rivista AIC*, 4, 2019; S. ROSSA, *Cybersicurezza e pubblica amministrazione*, Napoli, 2023; G. ZICCARDI, *Dati Avvelenati*, Milano, Raffaello Cortina Editore, 2024; L. MORONI, *La governance della cybersicurezza a livello interno ed europeo: un quadro intricato*, in *Federalismi*, 14, 2024, p. 180.

21. Più specificatamente si potrebbe collocare in una situazione intermedia, a metà strada tra responsabilità e compliance, poiché il titolare è tenuto a rispettare la normativa in esame (*compliant*). A. PALLOTTA, *Op. loc. cit.* "La *ratio* sottesa al principio di *accountability* sembra essere proprio quella di favorire il passaggio dalla teoria dei principi alla loro messa in pratica, traducendo gli obblighi giuridici in misure verificabili nei fatti e non solo su carta." Si v. anche R. CELELLA, *Il principio di responsabilizzazione: la vera novità del GDPR*, in *Cyberspazio e diritto*, 19, 2018, p. 213.

22. M. RENNA, *Op. loc. cit.* Tra le diverse disposizioni che contemplano il nuovo principio di *accountability*, la principale è l'art. 24 che affida alla discrezionalità del titolare del trattamento la decisione delle misure da adottare: discrezionalità libera ma non illimitata, anzi necessariamente parametrata alle condizioni indicate nello stesso disposto normativo di cui all'art. 24 GDPR. E così, l'art. 7 GDPR rimette al titolare la scelta della modalità di acquisizione del consenso al trattamento e del conseguente onere della prova e l'art. 12 GDPR assegna al titolare la scelta delle misure appropriate per fornire all'interessato le informazioni richieste. Sul punto, si v. R. CARLEO, *Il Principio di Accountability nel GDPR: dalla regola alla auto-regolazione*, in *Nuovo diritto civile*, anno VI, n. 1, 2021, p. 368.

Pur potendo apparire un'estensione del principio di trasparenza, il principio di *accountability* va oltre la semplice garanzia di accesso dell'interessato alle informazioni sulle attività di un dato operatore, richiedendo che il titolare del trattamento sia in grado dimostrare la conformità di tali attività alla normativa vigente.<sup>23</sup>

Il dettato normativo dell'articolo 12 riveste particolare importanza poiché, in linea con una concezione innovativa della protezione dei dati personali, colloca l'interessato al centro del sistema, attribuendogli un ruolo primario rispetto alla stessa tutela giuridica.

Il principio di trasparenza in esso contenuto si estende all'obbligo, in capo al titolare del trattamento, di adottare tutte le misure appropriate per fornire all'interessato l'informativa necessaria per comprendere il contenuto e le modalità di esercizio dei diritti previsti dallo stesso Regolamento, tra questi il diritto alla cancellazione.

A tal riguardo, sin dal Preambolo del Regolamento, si riconosce all'interessato il diritto di ottenere la rettifica dei dati che lo riguardano e il diritto alla cancellazione, qualora la conservazione di tali dati violi le disposizioni europee. In particolare, l'interessato può richiedere la cancellazione e l'interruzione del trattamento dei propri dati quando questi non siano più necessari per le finalità per cui sono stati raccolti (Considerando 65). In aggiunta, il Considerando 66 rafforza il diritto all'oblio nel contesto digitalizzato, prevedendo che il titolare del trattamento debba altresì informare gli altri soggetti che trattano gli stessi dati dell'obbligo di cancellare qualsiasi link, copia o riproduzione dei dati stessi.<sup>24</sup>

In questa prospettiva si colloca il comma 2 dell'art. 17 del GDPR, che, tra la mera richiesta di cancellazione tempestiva dei dati personali da parte dell'interessato (comma 1) e l'esigenza di bilanciare il diritto alla cancellazione con la tutela della libertà di espressione (comma 3), introduce

23. A riguardo, cfr. art. 24 del GDPR sull'adesione del titolare del trattamento ad un codice di condotta (art. 40 e 43 GDPR).

24. P. SAMMARCO, *Privacy Digitale*, in V. FRANCESCHELLI, E. TOSI, *Op. cit.*, p. 168. Giova evidenziare che la prima formulazione del diritto all'oblio riguardava il contesto *offline* e consisteva nel diritto di una persona a non subire danni derivanti dalla ripubblicazione non necessaria di una notizia risalente nel tempo, originariamente divulgata in modo lecito. Per ulteriori approfondimenti si v. Cass. Civ. Sez. III, 9 Aprile 1998, n. 3679, in *Foro.it*, I, 1998, p. 834; A seguito della celebre decisione della Corte di giustizia del 13 maggio 2024 nel caso *Google Spain*, si è acceso un ampio dibattito sul riconoscimento di un diritto all'oblio di portata generale che, con l'entrata in vigore del GDPR, ha trovato una specifica disciplina normativa, consolidando il suo *status* giuridico. La riflessione sul diritto all'oblio si è sviluppata a partire dagli anni 60 del XX secolo come naturale evoluzione del concetto di *privacy*, inteso come "right to be let alone", e si radica nel riconoscimento della solitudine come presupposto per l'esercizio della libertà individuale, evidenziando l'esigenza di tutelare l'individuo non solo dalla diffusione illecita di informazioni personali, ma anche dal perpetuarsi di informazioni obsolete e pregiudizievoli nel tempo, in linea con l'evoluzione del diritto alla riservatezza. S. D. WARREN, L. S. BRANDEIS, *The Right to Privacy*, in *Harvard Law Review*, Boston, 1890. L'opera rappresenta una pietra miliare in materia di *privacy*; si tratta della prima monografia giuridica a riconoscere l'esistenza di un autonomo diritto alla *privacy*. Prima di allora, non solo non si comprendeva la natura giuridica e quella degli elementi che complessivamente costituivano il diritto alla riservatezza, ma neppure si riusciva ad individuare quale fosse il principio ispiratore o diritto fondamentale che lo legittimasse.

una significativa innovazione imponendo un nuovo obbligo al titolare del trattamento.<sup>25</sup> Nello specifico, qualora i dati personali siano stati resi pubblici e debbano essere cancellati ai sensi del comma 1, il titolare del trattamento è obbligato a adottare misure ragionevoli, comprese soluzioni tecniche, per informare gli altri titolari del trattamento della richiesta dell'interessato di rimuovere qualsiasi link, copia o riproduzione dei dati personali, tenendo conto della tecnologia disponibile e dei costi di attuazione.<sup>26</sup>

Oltre ai diritti appena esaminati, merita particolare attenzione il diritto alla portabilità dei dati, che rappresenta una significativa evoluzione nell'ambito dei trattamenti automatizzati.<sup>27</sup>

L'intermediazione delle piattaforme digitali nelle transazioni commerciali ha comportato, da un lato, un grado di dipendenza delle imprese dalle piattaforme online in costante aumento e, dall'altro, ha costretto i consumatori ad utilizzarle come mezzo principale per accedere a offerte di beni e servizi. Questo modello di funzionamento, tipico dei mercati digitali, ha sollevato una serie di questioni non di poco rilievo. Tra queste, oltre alla tutela della concorrenza, spicca la protezione dei dati personali, divenuti indispensabili per le imprese nell'analisi delle tendenze di mercato.<sup>28</sup>

25. Ad una prima analisi, l'articolo in questione, in specie nei commi 1 e 3, non sembra offrire il livello di innovazione che forse ci si sarebbe potuti aspettare. Tuttavia, le disposizioni introdotte evidenziano un richiamo alla precedente disciplina della cancellazione (articolo 12 della direttiva 45/96/CE). Si v. G. FINOCCHIARO, *Il diritto all'oblio nel quadro dei diritti della personalità*, in G. RESTA, V. ZENO ZENCOVICH (a cura di), *Il diritto all'oblio su Internet dopo la sentenza Google Spain*, Roma, 2015, p. 596. Tra i più che si sono occupati del diritto all'oblio, si v. D. MESSINA, *Le prospettive del diritto all'oblio nella società dell'informazione e della comunicazione*, in *Informat. dir.*, 2009; D. MINIUSI, *Il "diritto all'oblio": i paradossi del "caso Google"*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2015; A. VIGLIANISI FERRARO, *La sentenza Google Spain ed il diritto all'oblio nello spazio giuridico europeo*, in *Contr. impr. Eur.*, 2015; M. COCUCCIO, *Il diritto all'oblio fra tutela della riservatezza e diritto all'informazione*, in *Dir. fam. pers.*, 2015; D. BARBIERATO, *Osservazioni sul diritto all'oblio e la (mancata) novità del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 6, 1° giugno 2017, p. 2100; F. DI CIOMMO, *Il diritto all'oblio (oblito) nel regolamento Ue 2016/679 sul trattamento dei dati personali*, in *Foro.it*, V 6, 9, 2017; A.L. VALVO, *Il diritto all'oblio nell'epoca dell'informazione "digitale"*, in *St. integr. eur.*, 2015; S. ZANINI, *Il diritto all'oblio nel Regolamento europeo 679/2016: quid novi?*, in *Federalismi*, 15, 2018.

26. Giova però evidenziare che la norma non impone al titolare, a cui l'interessato ha indirizzato la richiesta di cancellazione, l'onere di verificare se anche gli altri titolari abbiano adempiuto alla richiesta e di informare conseguentemente l'interessato. Ciò è comprensibile per evitare di gravare ulteriormente il titolare con un onere eccessivo.

27. Già riconosciuto in altri ambiti come quello della telefonia con riferimento alla portabilità del numero telefonico.

28. C. COLAPIETRO, *Il diritto alla portabilità dei dati e l'evoluzione del quadro normativo*, in *Diritti Fondamentali*, 2, 2023, p. 3 ss. Il tema della portabilità dei dati rappresenta un aspetto cruciale nell'ambito della protezione dei dati personali. Prima ancora di essere introdotto nel GDPR, il concetto di portabilità ha iniziato a prendere piede all'interno del mondo imprenditoriale, mostrando come le aziende digitali avessero già intuito l'importanza di garantire agli utenti un maggiore controllo sui propri dati. F. CATALANO, *Il diritto alla portabilità dei dati tra interessi individuali e prospettiva concorrenziale*, in *Europa e diritto privato*, 3, 2019, p. 833-865; Sul tema si v. tra i più F. PIRAINO, *Il Regolamento generale sulla protezione dei dati personali e i diritti dell'interessato*, in *Le Nuove Leggi Civili Commentate*, 2, 2017, p. 372-372; R. CAVALLA PERIN, *Ragionando come se l'amministrazione*

In tale contesto si inserisce il concetto di portabilità, sancito dall'articolo 20 del GDPR, che, nella nuova prospettiva, acquisisce un ruolo fondamentale. Da un lato evidenzia l'importanza strategica dei dati e delle informazioni per chi opera nel settore del business; dall'altro offre ai soggetti interessati un maggiore controllo sui propri dati, rafforzandone la posizione.<sup>29</sup>

Il diritto alla portabilità può essere definito come la facoltà di trasferire integralmente, senza vincoli, insiemi di informazioni, acquisendole personalmente o facendole circolare direttamente tra i titolari.

Nonostante opinioni divergenti circa la sua portata applicativa il diritto alla portabilità dei dati si realizza nella possibilità, per l'interessato, di ottenere i propri dati in un formato strutturato, di uso comune e leggibile da dispositivi elettronici automatici, nonché nella possibilità di trasferirli, direttamente o tramite terzi, a un nuovo titolare del trattamento, senza che il titolare originario che li ha forniti possa frapporre ostacoli.<sup>30</sup>

Emerge chiaramente la prospettiva di convergenza tra le diverse discipline: il diritto alla portabilità si propone di potenziare il controllo degli interessati sui propri dati e, al contempo, di favorirne la circolazione, incentivando così la concorrenza tra titolari all'interno dell'Unione Europea.

### 3. Il *Passenger Name Record* PNR

La disciplina europea in materia di protezione dei dati personali si caratterizza per un'impostazione articolata e complessa. Un ruolo fondamentale è ricoperto da strumenti normativi complementari, concepiti per rafforzare le garanzie individuali e assicurare una regolamentazione coerente tra gli Stati Membri.

*fosse data*, in *Dir. Amm.* 2, 2020, p. 305 ss; M. MIDIRI, *Le piattaforme e il potere dei dati (Facebook non passa il reno)*, in *Dir. informazione e informatica*, 2, 2021.

29. Cfr. Il diritto di accesso nel fornire all'interessato la copia dei dati oggetto del trattamento. Il forte legame tra il diritto alla portabilità e quello di accesso è dimostrato altresì dall'origine del primo che, originariamente, era stato proposto nell'ambito dello stesso diritto di accesso, formando così da un unico diritto di accesso e ottenimento dei dati. Diversamente dal diritto di accesso, il diritto alla portabilità è subordinato a particolari condizioni di operatività (si v. art. 20, paragrafo 1). Per altri approfondimenti, si v. E. BATTELLI, G. D'IPPOLITO, *Il diritto alla portabilità dei dati*, in E. TOSI (a cura di) *Privacy digitale. Riservatezza e protezione dei dati personali tra GDPR e nuovo codice privacy*, Giuffrè, 2019, p. 189-202.

30. Alcuni hanno evidenziato la sussistenza di rischi per la riservatezza. Sul punto, si v. E. BATTELLI, G. D'IPPOLITO, *Op. loc. cit.*; Per un approfondimento, si v. S. FAMILIARI, *Il diritto alla portabilità dei dati: origine e prospettive per il futuro*, in *Cyberspazio e diritto*, 17, 56 3-2016, p. 403-435; S. BARTH, M.D.T. DE JONG, *The privacy paradox, Investigating discrepancies between expressed privacy concerns and actual online behavior, A systematic literature review*, in *Telematics and Informatics*, n. 34, p. 2017; C. COLAPIETRO, *I principi ispiratori del Regolamento UE 2016/679 sulla protezione dei dati personali e la loro incidenza sul contesto normativo nazionale*, in *Federalismi*, 2018; G. PALMA, *La portata fortemente innovativa del diritto alla portabilità dei dati come articolato nel GDPR e nelle linee guida WP29*, in *Riv. giur. Data Protection Law*, n. 2, 2019, p. 50 ss.; J. BAZZOLI, *La portabilità dei dati personali*, in *Cyberspazio e diritto*, vol. 20, n. 62 1-2 - 2019, p. 133-160.

In tale ottica si collocano le Direttive UE 680/2016, concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali da parte delle autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzioni di sanzioni penali, e 681/2016 sull'utilizzo dei dati del codice di prenotazione (PNR) ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale in relazione a reati di terrorismo e reati gravi.

Questi strumenti, insieme al Regolamento (UE) 679/2016, sono parte di un unico pacchetto di riforma adottato dall'Unione Europea per potenziare la protezione dei dati. Sebbene mirino a potenziare le garanzie per gli interessati, le direttive attengono più specificamente al trattamento delle informazioni personali nell'ambito delle attività investigative e di perseguimento dei reati, con particolare riferimento alla cooperazione transfrontaliera e all'armonizzazione normativa tra Stati membri.<sup>31</sup>

La Direttiva 680/2016 è speculare al Regolamento nel suo ambito di applicazione; molte delle norme in essa contenute sono simili a quelle presenti nel testo del GDPR, ma specifiche per il trattamento dei dati personali da parte delle Autorità competenti a fini di prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento di reati o esecuzione di sanzioni penali, nonché alla libera circolazione di tali dati. L'obiettivo del provvedimento europeo in questione è agevolare l'utilizzo e il trasferimento di informazioni, rafforzando la cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, al fine di rendere più efficaci la prevenzione e gli strumenti di contrasto alla criminalità e al terrorismo.

La Direttiva 681/2016, invece, si occupa del trattamento dei dati del cosiddetto *Passenger Name Record*, o Codice di prenotazione, contenente le informazioni relative al viaggio aereo di ciascun passeggero ai fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati di simile gravità.

Nonostante entrambe siano orientate all'azione penale e all'attività investigativa finalizzata alla prevenzione e alla repressione dei reati, le due direttive presentano differenze sostanziali in relazione ai soggetti coinvolti nella raccolta e nel trattamento dei dati. In particolare, secondo quanto disposto dalla Direttiva 680/2016, il trattamento può essere condotto esclusivamente da un'Autorità pubblica competente nei settori oggetto del trattamento o da entità delegate dallo Stato e da pubblici poteri; al contrario, nel contesto della Direttiva 681/2016, i soggetti coinvolti nel trattamento non sono limitati alle sole Autorità pubbliche, ma includono anche i vettori aerei che forniscono le informazioni dei passeggeri PNR.<sup>32</sup>

31. Una scelta ponderata quella del legislatore europeo che ha deciso di intervenire attraverso una serie di strumenti interconnessi, cercando di conciliare normative che rappresentassero un compromesso tra il potenziamento della protezione dei dati personali e la necessità di assicurare un livello adeguato di sicurezza collettiva nella prevenzione di atti terroristici. Si v. F. ROSSI DAL POZZO, *Protezione dei Dati personali e diritti fondamentali della persona: le nuove norme sui codici di prenotazione*, in *Riv. Dir. intern. priv. proc.*, 2016, p. 1020.

32. I dati PNR sono informazioni fornite dai passeggeri al momento della prenotazione del volo, del check - in e/o di imbarco; essi possono variare da compagnia a compagnia ed includono una serie di dettagli relativi al viaggio e l'identità di ciascun passeggero. Cfr. Allegato I Direttiva. I dati PNR sono ben più rilevanti rispetto ai dati API

Come è noto, il punto di svolta si è avuto con gli episodi dell'11 settembre del 2001, che non solo hanno segnato un momento cruciale nel bilanciamento tra libertà e sicurezza, ma hanno fatto emergere, su scala globale, anche la necessità di monitorare i dati di passeggeri ed equipaggi coinvolti nei trasporti aerei.<sup>33</sup>

La procedura legislativa relativa alla proposta di direttiva sui dati PNR ha avuto inizio il 6 novembre del 2007, quando la Commissione ha adottato una proposta di decisione quadro del Consiglio sull'uso dei dati del Codice di prenotazione nelle attività di contrasto al terrorismo e alla criminalità organizzata. Tuttavia, con l'entrata in vigore del TFUE, la Proposta del 2007, che non era stata adottata dal Consiglio, era divenuta obsoleta.

Di conseguenza, nel febbraio del 2011 la Commissione ha presentato un nuovo testo in cui ha individuato regole comuni per l'istituzione negli Stati membri di sistemi nazionali PNR, prevedendo che le compagnie trasferissero ad un'Autorità dedicata nello Stato membro di arrivo o di partenza, i dati relativi ai passeggeri dei voli internazionali disponibili nei rispettivi sistemi di prenotazione.<sup>34</sup>

La Proposta in parola è stata però respinta dalla Commissione Libertà civili, Giustizia e Affari interni del Parlamento europeo, che ne ha contestato la necessità e la proporzionalità.<sup>35</sup>

*Advance Passenger Information* che sono limitati all'insieme delle informazioni anagrafiche contenute nei documenti di identità acquisibili attraverso gli strumenti di lettura ottica o magnetica degli stessi.

33. Gli USA avevano dunque adottato una normativa che obbligava le compagnie aeree che operavano collegamenti con destinazione o partenza nel territorio degli Stati Uniti a fornire alle autorità doganali degli stessi Stati Uniti un accesso elettronico ai PNR. Dal canto suo, la Commissione Europea, ritenendo che tali disposizioni rischiasero di entrare in contrasto con la legislazione europea e con quella degli Stati membri in materia di tutela dei dati personali, avviarono dei negoziati con le autorità americane. Per ulteriori approfondimenti, si v. N. ROMANA, *Passenger Name Record PNR*, estratto da *Riv. dir. della navigazione*, n. 1, 2018, p. 187 ss.

34. Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sull'uso dei dati del codice di prenotazione a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, doc. COM (2011) 32 def., 2011/0023 (COD) C7-0039/11 del 2 febbraio 2011. F. DI MATTEO, *La raccolta indiscriminata e generalizzata i dati personali: un vizio congenito nella direttiva PNR?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, in *Il Mulino*, n. 1, 2017, p. 216. Giova altresì aggiungere, già la disposizione di cui all'art. 3 della Proposta del 2011 prevedeva la creazione da parte degli Stati membri di un apposito ente preposto al trattamento dei dati PNR (Unità di Informazione sui Passeggeri - UIP). Per ulteriori approfondimenti, si v. G. RESTA, V. ZENO-ZENCovich, *Volontà e consenso nella fruizione dei servizi in rete*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2, 2018.

35. Cfr. Garante europeo per la protezione dei dati, Doc. 2011/C/181/02 del 25 marzo 2011, in G.U.U.E. C184 del 22 giugno 2011. In particolare, si v. "P.8. La dimostrazione della necessità e della proporzionalità del trattamento dei dati è un presupposto indispensabile per l'istituzione del sistema PNR. Il GEPD ha già insistito in precedenti occasioni, segnatamente nel contesto di una possibile revisione della direttiva 2006/24/Ce (la «direttiva sulla conservazione dei dati») sul fatto che la necessità di trattare o conservare ingenti quantità di informazioni si dovesse basare su una chiara dimostrazione del rapporto tra uso e risultato, e dovesse consentire la valutazione sine qua non del fatto che risultati paragonabili si potessero ottenere con mezzi alternativi e meno invasivi della *privacy*."

A seguito degli attacchi terroristici di Parigi e della preoccupazione generale relativa alle minacce alla sicurezza interna dell'Unione Europea, la proposta di direttiva ha progressivamente riacquisito consensi.

Questo processo ha portato a un rafforzamento progressivo delle misure preventive, culminato con l'adozione della Direttiva 681/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio, un testo che rappresenta un compromesso finalizzato all'armonizzazione dei diversi regimi nazionali in materia di trattamento dei dati per la prevenzione e il contrasto di reati gravi.<sup>36</sup>

Eppure, l'entrata in vigore della Novella ha destato non poche perplessità, evidenziando il rischio che potesse trasformarsi in uno strumento di raccolta indiscriminata di dati personali, contrapponendosi al quadro europeo.

In questo scenario, ogni individuo, per il solo fatto di spostarsi con un aeromobile al di fuori dei confini dell'Unione Europea, rischia di essere considerato un potenziale sospetto autore di reato, generando così presunzione di pericolosità, almeno fino a quando l'attività di profilazione sui dati raccolti non dimostri il contrario.<sup>37</sup>

#### **4. Data Retention e il riconoscimento biometrico alla luce del caso Ryanair**

Il crescente utilizzo della tecnologia nello svolgimento di pubblici servizi e funzioni, come quelle di investigazione e sorveglianza, ha reso particolarmente evidente l'urgenza di nuove regole per prevenire e correggere i rischi di violazione delle libertà personali e di discriminazione.

I vantaggi che questi strumenti offrono alle autorità investigative sono notevoli: dall'accuratezza delle analisi e alla rapidità dei risultati elaborati, fino alla versatilità di impiego di tali tecnologie. Tuttavia, è opportuno evidenziare che, se la possibilità di raccogliere e archiviare una vasta quantità di dati personali offre indubbi vantaggi, essa presenta anche un potenziale altamente invasivo per la sfera privata, esercitando un impatto significativo sulla riservatezza individuale e generando una chiara tensione rispetto al diritto alla privacy, oltre a una sensazione di continua sorveglianza.<sup>38</sup>

36. Direttiva 2016/681/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, in G.U.U.E. L119 del 4 maggio 2016. Per altri approfondimenti, si v. G. TIBERI, *La direttiva UE sull'uso dei dati del codice di prenotazione PNR nella lotta al terrorismo e ai reati gravi*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3, 2016, p. 591; Per altri approfondimenti, si v. anche S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in *Consulta OnLine*, n. 2, 2021, p. 489 ss.

37. Cfr. Principio di limitazione della conservazione (art. 5, co. 1, lett. e, GDPR); Base giuridica del Trattamento e Finalità (Art. 6 GDPR); Minimizzazione dei Dati (Art. 5, co.1, lett. c, GDPR); Proporzionalità e diritti fondamentali. Per altri approfondimenti si v. C. Giust. Ue, parere n. 1/15 del 26 luglio 2017. Sul punto, si v. N. ROMANA, *Passenger Name Record PNR*, estratto da *Riv. dir. della navigazione*, n. 1, 2018.

38. Si v. G. TODARO, *L'evoluzione delle fonti del diritto nella "società algoritmica": data retention e diritti fondamentali della persona - The evolution of the system of sources of law in the "algorithmic society": data retention and fundamental personal rights*, in *Cassazione Penale*, 1° giugno 2024, 6, p. 2011; O. POLLICINO, voce *Potere digitale*,

In questo contesto si inserisce il concetto di *data retention* che impone ai fornitori di servizi l'obbligo di conservare i dati per un periodo di tempo definito, consentendone l'acquisizione e l'accesso da parte delle pubbliche autorità per finalità di prevenzione e contrasto della criminalità.<sup>39</sup> In tal senso, la memorizzazione dei dati si configura come uno strumento imprescindibile per agevolare l'attività investigativa degli inquirenti che, parallelamente, si intreccia con i principi di rango costituzionale, richiedendo un delicato bilanciamento tra l'esigenza processuale di ricerca della prova e la salvaguardia dei diritti fondamentali della persona, rispettoso del principio di proporzionalità.<sup>40</sup>

Sebbene negli ultimi anni siano state introdotte normative volte a legittimare quella che viene definita sorveglianza di massa, ovvero un controllo preventivo esteso a tutti gli individui, indipendentemente dalla presenza di prove, indizi o sospetti di coinvolgimento in attività terroristiche, la necessità di verificarne la compatibilità con la tutela delle libertà individuali costituisce una sfida cruciale per le democrazie contemporanee e un tema sempre più frequentemente portato all'attenzione delle Corti, sia a livello nazionale e sovranazionale.<sup>41</sup>

in *Enc. Dir., I tematici*, V, Milano, 2023, p. 410 ss. Sulla "protezione spaziale della persona", si v. A. CAPONE, *Intercettazioni e Costituzione. Problemi vecchi e nuovi. Wiretapping and Constitution. Old and New Issues*, in *Casazione Penale*, 3, 2017, p. 1263; S. EL SABI, *La tutela della privacy nel trattamento dei dati biometrici e genetici per scopi di pubblica sicurezza. spunti di diritto comparato*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), 4, agosto 2023, p. 789; M. RAMAJOLI, *La convivenza tra trasparenza e riservatezza*, in *Diritto amministrativo*, 2, 1° giugno 2024, p. 471.

39. Tema al centro di un intenso dibattito legislativo, giurisprudenziale e dottrinario. Cfr. Direttiva 2006/24/CE e Direttiva 2002/58/CE. Sul punto, si v. A. CARDONE, *Il sistema del Data Retention come strumento investigativo*, in *Giurisprudenza Penale WEB*, II, 2021, disponibile online; Si veda anche G. TODARO, *Op. loc. cit.* A tal proposito, merita particolare attenzione l'Accordo PNR tra Unione Europea e Canada.

40. Entrambi gli aspetti incidono sulla soluzione proporzionata che si fonda su un equilibrato temperamento di interessi giuridicamente rilevanti, garantendo la realizzazione di ciascuno senza che uno prevalga sull'altro. La raccolta e l'analisi dei dati PNR, finalizzate alle indagini e alla prevenzione dei reati, legittimano di per sé l'obiettivo perseguito dalla Direttiva PNR, ossia il contrasto alla criminalità e la tutela della sicurezza pubblica. Tuttavia, per valutare se l'ingerenza temporale sia effettivamente limitata al minimo indispensabile, risulta imprescindibile stabilire un limite temporale rigoroso per la conservazione dei dati e un criterio oggettivo che circoscriva e monitori l'accesso e l'utilizzo delle informazioni, anche da parte di eventuali terzi. Sul punto, si v. B. PIATTOLI, *Principio di proporzionalità UE e trattamento dei dati personali nella lotta al terrorismo*, in *Diritto penale e processo*, n. 7, 2015, p. 892. Per un approfondimento, D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1998, e A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Cedam, Verona, 1998; F.G. SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 4, 2000; F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. mmm.*, 2, 2016, p. 362; L. TORCHIA, *La dinamica del diritto amministrativo. Il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa* (A. AVERARDI, S. DEL GATTO) in il Mulino, 2017, p. 68; F. G. SCOCA, L. LAMBERTI, *Valutazioni tecniche tutela del patrimonio culturale e principio di proporzionalità*, in *Federalismi*, n. 22, 2023, p. 224 ss.

41. Nel Parere 1/15 della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, i giudici di Lussemburgo, pur riconoscendo in via

Tra le diverse tecniche utilizzate, quella del riconoscimento facciale ha riscosso rapidamente un notevole successo, suscitando l'interesse non solo delle forze dell'ordine e della pubblica amministrazione, ma anche di aziende interessate alle sue applicazioni nel campo della sicurezza e del *profiling*.<sup>42</sup>

I sistemi di identificazione e di verifica facciale si basano su una serie di procedimenti algoritmici che consentono di identificare una persona a partire dall'immagine del suo volto, utilizzando foto e video per risalire alla sua identità.<sup>43</sup>

teorica la sorveglianza di massa come uno strumento potenzialmente idoneo a prevenire attacchi terroristici e a garantire la sicurezza pubblica, hanno tuttavia censurato l'accordo internazionale tra Canada e Unione Europea relativo allo scambio di dati sul traffico aereo. Corte di giustizia dell'Unione europea, A-1/15, 26 luglio 2017. Si v. A. VERDASCHI, *L'accordo interazionale sui dati dei passeggeri aviotrasportati (PNR) alla luce delle indicazioni della Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1° agosto 2017, 4, p. 1913. Per altri approfondimenti, si v. ID., *I programmi di sorveglianza di massa nello Stato di diritto. La 'data retention' al test di legittimità*, in *Diritto Pubblico Comparato ed Europeo*, 2014, p. 1224 ss; M. DICOSOLA, *La data retention directive e il dialogo tra Corti costituzionali e Corte di giustizia nel sistema multilivello europeo*, in *Diritti Comparati*, 20 febbraio 2014; S. CRESPI, *Diritti fondamentali, Corte di Giustizia e riforma del sistema UE di protezione dei dati*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comparato*, 3-4, 2015, p. 819 ss; S. VILLANI, *Some Further Reflections on the Directive (EU) 2016/681 on PNR Data in the Light of the CJEU Opinion 1/15 of 26 July 2017*, in *Revista de Derecho Político*, n. 101, 2018, p. 899 ss. Per altri approfondimenti, si consiglia la lettura della Relazione della Commissione al Parlamento Europeo e al Consiglio sul riesame della direttiva (UE) 2016/681 sull'uso dei dati del codice di prenotazione (PNR) a fini di prevenzione, accertamento, indagine e azione penale nei confronti dei reati di terrorismo e dei reati gravi, disponibile online.

42. In alcune scuole, il riconoscimento facciale è stato utilizzato per monitorare l'accesso a studenti e visitatori, permettendo di individuare rapidamente eventuali potenziali rischi per la loro sicurezza. Un esempio simile si riscontra nel settore dei trasporti: a Roma, presso l'aeroporto di Fiumicino, sono stati installati sistemi di sorveglianza in grado di rilevare le caratteristiche biometriche del volto dei passeggeri, garantendone l'identificazione attraverso l'acquisizione temporanea delle informazioni contenute nei documenti di riconoscimento e nelle carte di imbarco. Sul punto, S. DEL GATTO, *La Governance delle nuove tecnologie tra tentativi di regolazione e istanze di self regulation. Il caso del Riconoscimento facciale*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 1, 2023, p. 42. A riguardo, si v. D.P.R. 15 gennaio 2018, n. 15, ovvero il Regolamento a norma dell'articolo 57 del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, recante l'individuazione delle modalità di attuazione dei principi del Codice in materia di protezione dei dati personali relativamente al trattamento dei dati effettuato, per le finalità di polizia, da organi, uffici e comandi di polizia.

43. G. MOBILIO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, in *Ricerche giuridiche* n. 224, 2021, p. 65 ss. "Si ricorre sempre più frequentemente a questi dati biometrici non solo per finalità d'identificazione o come chiave per l'accesso a diversi servizi, ma anche come elementi per classificazioni permanenti, per controlli ulteriori rispetto al momento dell'identificazione o dell'autenticazione/verifica, cioè della conferma di una identità" così S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari-Roma, 2012, p. 302. Per altri approfondimenti, si v. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal*, 3, 2021, p. 415 ss; A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di) *Intelligenza artificiale e diritto: una rivoluzione? I diritti fondamentali dati personali e regolazione*, Bologna, 2022.

L'uso di sistemi di sorveglianza tramite il riconoscimento facciale solleva specifici problemi di tutela della privacy. A differenza di altri dati biometrici, come il DNA o le impronte digitali, questa tecnologia non sempre richiede il consenso esplicito dell'interessato. In molti casi, l'utente non è pienamente consapevole della raccolta delle proprie immagini, venendo, in alcune circostanze, spinto a fornire un consenso implicito o forzato, presentato come condizione imprescindibile per accedere a determinati servizi, cosa che riduce in modo significativo la sua libertà di scelta.<sup>44</sup>

A questo riguardo, rappresenta un esempio emblematico il caso che ha coinvolto la compagnia aerea Ryanair.

L'Autorità di controllo irlandese, il *Data Protection Commission*, ha avviato un procedimento istruttorio nei confronti della linea aerea, contestando l'uso della tecnologia di riconoscimento facciale per la verifica dell'identità dei passeggeri che prenotano voli tramite intermediari o portali di terze parti.<sup>45</sup> In particolare, durante la prenotazione di un volo tramite canali intermediari, agli utenti veniva richiesto di sottoporsi ad una procedura di verifica tramite riconoscimento facciale. Questa misura rendeva più complessa la fruizione del servizio, scoraggiando le prenotazioni attraverso terzi e spingendo i clienti ad utilizzare direttamente il sito ufficiale.

La procedura adottata, sebbene presentata dalla compagnia come un sistema volto a garantire una maggiore sicurezza e autenticità nelle prenotazioni, ha sollevato numerosi dubbi sul rispetto dei principi di liceità, trasparenza e minimizzazione del trattamento dei dati.<sup>46</sup>

44. Sulla mancata consapevolezza del consenso al riconoscimento facciale, si v. P. PERRI, *Sorveglianza elettronica, diritti fondamentali ed evoluzione tecnologica*, GFL, Milano, 2020, p. 144. Per altri approfondimenti, si v. L. TORCHIA, *Op. loc. cit.* Tra i tipi di software biometrico, si includono il riconoscimento della voce, delle impronte digitali e della retina. L'immagine utilizzata in una procedura di riconoscimento facciale costituisce un dato biometrico di cui all'art. 4, par. 14, GDPR "dati personali ottenuti da un trattamento tecnico specifico relativi alle caratteristiche fisiche, fisiologiche o comportamentali di una persona fisica che ne consentono o confermano l'identificazione univoca, quali l'immagine facciale o i dati dattiloscopici". G. MOBILO, *Tecnologie di riconoscimento facciale. Rischi per i diritti fondamentali e sfide regolative*, in *Ricerche giuridiche*, n. 224, 2021, p. 12 ss. Sul riconoscimento facciale, il nuovo Regolamento Europeo sull'intelligenza artificiale, Considerando 14, "La nozione di "dati biometrici" utilizzata nel presente regolamento dovrebbe essere interpretata alla luce della nozione di dati biometrici di cui all'articolo 4, punto 14, del Regolamento (UE) 2016/679, all'articolo 3, punto 18, del Regolamento (UE) 2018/172 e all'articolo 3, punto 13, della direttiva (UE) 2016/680. I dati biometrici possono consentire l'autenticazione, l'identificazione o la categorizzazione delle persone fisiche e il riconoscimento delle emozioni delle persone fisiche".

45. Per ulteriori approfondimenti, si v. AGCM, Bollettino n. 15 del 15 aprile 2024, 8 ss.; Cfr. doc. 162, dati di traffico 2022 e 2023 forniti da ENAC lo scorso 14 febbraio; Per ulteriori approfondimenti, si v. A. RAMPANELLI, *Diritti dei passeggeri nel mercato aereo tra libera concorrenza e trasparenza tariffaria: brevi note a margine del caso Ryanair c. AGCM*, in *European Papers*, 13/06/2020, disponibile online.

46. Per maggiori approfondimenti, si v. *Data Protection Commission launches inquiry into Ryanair's Customer Verification Process*, in <https://www.dataprotection.ie/en>, disponibile online. E. RAFFIOTTA, M. BARONI, *Intelligenza artificiale, strumenti di identificazione e tutela dell'identità*, in *BioLaw Journal*, 1, 2022, p. 165 ss. Art. 9, co. 2, lett. g, GDPR. Per un caso analogo, si rimanda a M. MOLÉ, *Surveiller et punir: Amazon Francia e la sanzione del Garante dei dati per la sorveglianza "intrusiva e pressante" dei suoi magazzinieri*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2, 1° giugno 2024, p. 553.

In risposta alle crescenti preoccupazioni sollevate dai consumatori e all'indagine avviata, la compagnia aerea irlandese ha ribadito che le sue procedure di verifica sono finalizzate a tutelare i clienti da rischi connessi a potenziali frodi associate all'uso di canali non ufficiali. Inoltre, la compagnia ha precisato che tali pratiche sono pienamente conformi alle normative europee in materia di protezione dei dati personali.

Appare chiaro che l'implementazione di sistemi altamente invasivi, come il riconoscimento facciale per la conferma di prenotazioni o transazioni online, sollevi interrogativi significativi sotto il profilo della tutela della privacy, del rischio di discriminazione e del potenziale abuso per finalità di sorveglianza massiva. L'obbligatorietà di tali procedure può risultare non proporzionata rispetto ai benefici effettivamente conseguiti, specialmente considerando l'esistenza di soluzioni alternative meno invasive come l'autenticazione tramite codice OPT o documenti di identificazione tradizionali.

Questo scenario evidenzia la necessità di una riflessione critica sull'adeguatezza e la proporzionalità delle tecnologie biometriche nel contesto dei servizi digitali al fine di garantire un equilibrio tra innovazione e rispetto dei diritti fondamentali.

Nel panorama giuridico contemporaneo l'urgenza di ripensare l'interazione tra innovazione tecnologica e tutela dei diritti fondamentali ha subito una definitiva accelerazione con il divagare dell'intelligenza artificiale (AI).<sup>47</sup>

L'eccezionale progresso in questo ambito deriva dalla sinergia tra la disponibilità massiva di dati e una capacità computazionale in continua espansione, ulteriormente amplificata dall'adozione di sistemi intelligenti; uno scenario che, come anticipato nei precedenti paragrafi, solleva implicazioni di vasta portata per i diritti individuali, richiedendo un'approfondita revisione del *corpus* normativo elaborato dal costituzionalismo moderno.<sup>48</sup>

In risposta a queste sfide e alla crescente consapevolezza dei rischi insiti nell'uso dell'AI, il Regolamento Europeo sull'Intelligenza Artificiale rappresenta un intervento normativo di portata storica. La sua elaborazione è il frutto di un articolato processo preparatorio segnato dall'adozione di diversi atti di *soft law*, che hanno contribuito a costruire un quadro giuridico progressivo in materia di intelligenza artificiale.<sup>49</sup>

47. A. PIN, L. SCAFFARDI, *Op. loc. cit.*; Per altri approfondimenti, si v. G. CAGGIANO, *Il bilanciamento tra diritti fondamentali e finalità di sicurezza in materia di conservazione dei dati personali da parte dei fornitori di servizi di comunicazione*, in *MediaLaws*, 2, 2018, p. 65 ss; M. GRANIERI, *Una sinopsi comparativa e una prospettiva critica sui tentativi di regolazione dell'intelligenza artificiale*, in *Comp. dir. civ.*, 2, 2023, p.705; S.A. Di CAPRIGLIA, *Intelligenza artificiale: una sfida globale tra rischi, prospettive e responsabilità. Le soluzioni assunte dai governi unionali, statunitense e sinico. Uno studio comparato*, in *Federalismi*, 9, 2024; L. CASINI, *Il futuro dello Stato Digitale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2, 2024, p. 431; L. LAZZERONI, *Lavoro e tutele nella dimensione della cittadinanza digitale e nell'era del capitalismo della sorveglianza*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 3, 2024, p. 715; J. P. SOLÉ, *Il Regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale, La discrezionalità amministrativa e la riserva di umanità*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 3, 2024, p. 825.

48. R. BIFULCO, *Intelligenza artificiale, internet e ordine spontaneo*, in F.PIZZETTI, *Op. loc. cit.*, p. 383 ss.

49. Tra i più rilevanti, meritano particolare attenzione le Risoluzioni del Parlamento Europeo del 20 ottobre 2020,

Tra le tappe fondamentali di questo percorso, il Libro Bianco sull'AI, pubblicato nel febbraio del 2020, ha svolto un ruolo cruciale nel definire un approccio integrato volto a coniugare l'eccellenza tecnologica con la fiducia pubblica: da un lato ha incoraggiato lo sviluppo di sistemi di intelligenza artificiale affidabili, sicuri ed eticamente sostenibili; dall'altro ha evidenziato la necessità di creare un ecosistema digitale che fosse non solo tecnicamente solido, ma anche capace di garantire inclusione sociale e competitività economica dell'Unione Europea.<sup>50</sup>

Per promuovere un quadro normativo armonizzato in tutto lo Spazio Europeo, si è optato per l'adozione di un regolamento piuttosto che di una direttiva, seguendo una logica analoga a quella applicata per il GDPR.

Nonostante ciò, in un ambito così dinamico come l'intelligenza artificiale, questa impostazione pone sfide significative derivanti dalla continua evoluzione tecnologica e dalla natura autonoma e imprevedibile dei sistemi più avanzati.<sup>51</sup>

Consapevole di queste complessità, la normativa integra meccanismi di flessibilità volti a garantire l'aggiornamento e l'adattabilità delle regole nel tempo, al fine di fronteggiare l'estrema variabilità delle applicazioni dell'AI e i rischi emergenti, non sempre prevedibili *ex ante*.<sup>52</sup>

Questo è reso evidente dall'adozione di un approccio proporzionato, basato sulla valutazione del rischio connesso all'automazione delle decisioni e, più in generale, all'uso dell'intelligenza artificiale, prevedendo obblighi e misure differenziati e modulati in base alla potenziale gravità dell'entità del rischio.

In particolare, i sistemi a rischio inaccettabile sono soggetti a un divieto generale, salvo deroghe esplicite, a causa del loro potenziale di ledere gravemente i diritti fondamentali; i sistemi ad alto rischio costituiscono il fulcro della disciplina, con l'impostazione di stringenti requisiti di trasparenza, sicurezza e supervisione umana; infine, i sistemi a basso e minimo rischio, pur essendo

dedicate rispettivamente ai principi etici dell'intelligenza artificiale, della robotica e delle tecnologie correlate, e al regime di responsabilità civile per l'AI. Sul punto, si v. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla proposta di regolamento dell'Unione Europea in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal Rivista di BioDiritto*, n. 3, 2021, p. 416.

50. Per altri approfondimenti, si v. F. RODI, *Gli interventi dell'Unione europea in materia di intelligenza artificiale e robotica: problemi e prospettive*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e intelligenza artificiale*, 2020, p. 187-210.

51. Sul punto, si v. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Op. loc. cit.* che richiamano le celebri parole di R. POUND, *Interpretations of Legal History*, Cambridge, 1923 "Law must be stable, and yet it cannot stand still". Tale affermazione sintetizza la necessità di equilibrio tra la stabilità normativa e l'evoluzione del diritto, imprescindibile per rispondere alle mutevoli esigenze della società.

52. In questo contesto, appare rilevante richiamare le riflessioni del Professor Oreste Pollicino, il quale osserva come l'AI Act (analogamente al GDPR), si presenti formalmente come un regolamento direttamente applicabile, ma includa al suo interno una serie di clausole aperte, attribuendo agli Stati membri un significativo margine di discrezionalità. Secondo il professor Pollicino, ciò rende l'AI Act una sorta di "direttiva mascherata", che coniuga uniformità normativa e flessibilità di attuazione a livello nazionale. *L'AI Act sarà una direttiva mascherata. Dialogo con Pollicino (Bocconi)*. Disponibile online al seguente link: <https://www.iaic.it/news/lai-act-sara-una-direttiva-mascherata-dialogo-con-pollicino-bocconi/>.

essenzialmente esenti da vincoli severi sono soggetti ad obblighi minimi di informazione volti a garantire la consapevolezza degli utenti e una gestione trasparente dei dati.

La tecnologia di riconoscimento facciale è inclusa nei sistemi ad alto rischio a causa del suo impatto potenzialmente significativo sui diritti fondamentali e sulla privacy degli individui; un rischio particolarmente rilevante che potrebbe verificarsi quando applicata per l'identificazione biometrica remota in spazi pubblici, sollevando questioni di trasparenza, sorveglianza di massa e controllo sociale.<sup>53</sup>

A riguardo, il Regolamento sull'Intelligenza Artificiale introduce una chiara distinzione tra i sistemi di identificazione biometrica "in tempo reale" e quelli "a posteriori".<sup>54</sup>

I sistemi di identificazione biometrica "in tempo reale" elaborano dati generati dal vivo o quasi dal vivo, acquisiti tramite telecamere o dispositivi analoghi, al fine di identificare gli individui in modo immediato. Tali sistemi trovano impiego, ad esempio, in ambiti di sorveglianza pubblica o per esigenze di pubblica sicurezza, in cui la tempestività dell'identificazione è cruciale per prevenire o gestire situazioni di rischio. I sistemi di identificazione biometrica "a posteriori", invece, processano dati biometrici acquisiti precedentemente, come immagini o video registrati, consentendo il processo di confronto e di identificazione degli individui con un ritardo temporale significativo rispetto alla raccolta dei dati.<sup>55</sup>

53. "Adoperando un parallelo letterario, si potrebbe sostenere che il problema non nasca soltanto – richiamando la già citata metafora orwelliana del Grande Fratello – dalla sorveglianza in sé, il controllo sociale e la capacità inhibitoria che ne deriva; quanto piuttosto – prendendo in prestito la metafora kafkiana de "Il processo" – la sottoposizione ad un potere invisibile e incomprensibile che può raccogliere informazioni su ciascuno, compilare profili e dossier, assumere decisioni senza fornire spiegazioni o garantire alcuna partecipazione." Così G. MOBILIO, *Op. loc. cit.*, p. 21. Per altri approfondimenti, si v. Per altri approfondimenti, si v. S. ZUBOFF, *Il Capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019; R. DUCATO, *Il riconoscimento facciale tra rischi di 'mitridatizzazione sociale' e prospettive di regolamentazione*, in L.E. RIOS VEGA, L. SCAFFARDI, I. SPIGNO (a cura di), *I diritti fondamentali nell'era della digital mass surveillance*, Napoli, 2021, p. 187 ss; Per altri approfondimenti, si v. M. ALLENA, S. VERNILE, *Intelligenza artificiale trattamento di dati personali e pubblica amministrazione* in A. PAJNO, F. DONATI, A. PERRUCCI (a cura di) *Op. cit.*, p. 389 ss.; D.U. GALETTA, *Human-stupidity-in-the-loop? Riflessioni (di un giurista) sulle potenzialità e i rischi dell'Intelligenza Artificiale*, in *Federalismi*, 5, 2023; A. PIN, L. SCAFFARDI, *Tra la protezione dei dati e intelligenza artificiale*, in *Europa e oltre*, in *Sezione Monografica: Le sfide della protezione dei dati personali di fronte all'intelligenza artificiale: un approccio comparato*, in *DPCE: online*, 2, 2024, p. 1029. Cfr. Considerando n. 15 ss.

54. Tra le disposizioni rilevanti in materia di identificazione biometrica, si segnalano: l'Allegato III che elenca i settori e le applicazioni ad alto rischio; l'art. 5 relativo al divieto di pratiche invasive, salvo in specifiche circostanze eccezionali, l'art. 52 che disciplina gli obblighi di trasparenza e l'art. 71 riguardante la sorveglianza e il monitoraggio.

55. L'Art. 10, co. 10, par. 2, della normativa sancisce che il sistema di identificazione biometrica remota a posteriori non può essere utilizzato per attività di contrasto in modo indiscriminato. È consentito esclusivamente se vi è un legame con un reato, un procedimento penale, una minaccia concreta e attuale o una previsione specifica di reato. Inoltre, è escluso l'uso di tale sistema per la ricerca di persone scomparse.

## 5. Considerazioni conclusive: il rischio del Panopticon Digitale

Questa complessa cornice regolatoria solleva significative riflessioni di ordine etico, giuridico e sociale, portando alla luce il potenziale rischio di una trasformazione delle dinamiche di sorveglianza in un panopticon digitale.

Il concetto di Panopticon, originariamente ideato dal filosofo Jeremy Bentham come un sistema che permette una sorveglianza onnipresente ma invisibile, è stato successivamente ripreso da Michel Foucault per descrivere un modello di potere disciplinare diffuso nella società moderna. Il panopticon non si limita al controllo fisico, ma diviene un paradigma per una sorveglianza continua capace di influenzare il comportamento degli individui, talvolta anche in assenza di una effettiva osservazione.

Nell'era digitale, questa idea trova una declinazione attraverso le tecnologie di sorveglianza biometrica e sistemi di monitoraggio algoritmico.

L'identificazione biometrica, quale il riconoscimento facciale, la scansione dell'iride o l'analisi delle impronte digitali, consente un controllo capillare e pervasivo, trasformando i cittadini in oggetti di una osservazione permanente. In particolare, i sistemi "in tempo reale", incarnano questo rischio in modo evidente: la possibilità di monitorare e identificare immediatamente gli individui in spazi pubblici può creare un clima di sorveglianza permanente, dove la libertà personale e il diritto alla privacy rischiano di essere subordinati alle esigenze di sicurezza.

L'effetto deterrente di tali tecnologie potrebbe condizionare il comportamento sociale, inducendo una forma di autocensura collettiva analoga a quella descritta da Foucault, in cui la semplice consapevolezza di essere potenzialmente osservati modifica le azioni degli individui.

Anche i sistemi *ex post* pongono questioni di rilievo, anche se meno immediate. La registrazione di dati da utilizzare a posteriori pone potenzialmente molteplici problemi, che attengono principalmente alla proporzionalità e, di conseguenza, alla legittimità del trattamento dei dati nel tempo. L'accumulo di tali informazioni rischia di condurre ad uno scenario in cui gli individui sono costantemente monitorati in modo retrospettivo, erodendo ulteriormente la linea di demarcazione tra sorveglianza giustificata e un potenziale abuso del potere tecnologico.

Soltanto un approccio olistico, in grado di bilanciare sicurezza e libertà, può garantire che l'innovazione tecnologica sia messa al servizio della società, odierna e futura, senza comprometterne i fondamenti democratici.

In conclusione, volendo trarre una qualche considerazione, emerge con chiarezza come questo tema, ancora in fase di definizione e al centro di un intenso dibattito sia a livello dottrinario che giurisprudenziale, si inserisca nel più ampio contesto della cosiddetta "sfida dei dati"; una questione di rilevanza globale che coinvolge non solo l'Europa, ma l'intero panorama internazionale, evidenziando preoccupazioni comuni nell'ambito del continuo tentativo di sviluppare gli strumenti necessari a garantire la qualità e la sicurezza dei servizi basati sull'intelligenza artificiale, aventi altresì implicazioni durature per le generazioni future.



## **NOTE A SENTENZA**



## La legittimità del divieto di assegnazione delle bande orarie dopo le ore 22:00 nell'aeroporto di Ciampino: la sentenza del T.A.R. Lazio n. 3030/2024\*

Maria Lavallo

Avvocato, Direzione Analisi Giuridiche e Contenzioso ENAC

### Abstract

*The legitimacy of the ban on the assignment of slots after 10.00 pm at Ciampino airport: the ruling of the T.A.R. Lazio n. 3030/2024.*

*The ban on night flights at civil airports near population centers. Note to the ruling of the Regional Administrative Tribunal of Latium, n. 3030/2024. The mentioned Tribunal has decided that the order emitted by ENAC which forbids flights after 10 p.m. in Rome Ciampino Airport is right because ENAC is the only Authority which has the power to adopt this act and, furthermore, the order is a legal tool to reduce noise pollution implementing Ministry of the environment's decree n° 345/2018.*

*Il divieto di voli notturni negli aeroporti civili siti nei pressi di centri abitati. Nota alla sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio n. 3030/2024. Il Tribunale menzionato ha deciso che l'ordinanza emanata dall'ENAC che vieta i voli dopo le ore 22:00 nell'Aeroporto di Roma Ciampino è legittimo perché l'ENAC è l'unica Autorità che ha il potere di adottare detto atto e, inoltre, l'ordine costituisce una misura legale per ridurre l'inquinamento acustico in attuazione del Decreto del Ministero dell'Ambiente n° 345/2018.*

*Key words: Slot allocation; Ban on Night Flights; Anti-noise Plan; Rome Ciampino Airport; ENAC Power to Adopt Orders.*

*Parole chiave: Assegnazione slot; Divieto di voli notturni; Piano antirumore; Aeroporto di Roma Ciampino; Potere ordinatorio di ENAC.*

\* Sottoposto a referaggio.

**Sommario** – 1. Il caso: l’ordinanza ENAC del 18 novembre 2022 – 2. Gli slot aeroportuali – 3. Il quadro normativo sul contenimento dell’inquinamento acustico – 4. La vicenda pregressa: l’ordinanza aeroportuale ENAC n. 2/2019 e la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio 24 febbraio 2020 n. 2369 – 5. La sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio 14 febbraio 2024 n. 3030 – 6. Riflessioni conclusive.

### 1. Il caso: l’ordinanza ENAC del 18 novembre 2022

Con il D.M. 18 dicembre 2018 n. 345 il Ministero dell’Ambiente adotta, nel quadro della legislazione vigente per la tutela dell’ambiente e il contrasto all’inquinamento acustico (di cui si dirà meglio nel prosieguo), il c.d. piano antirumore per l’aeroporto di “G.B. Pastine” di Ciampino presentato dal gestore aeroportuale Aeroporti di Roma s.p.a.<sup>1</sup> ovvero un Piano degli interventi di contenimento e abbattimento del rumore derivante dal traffico aeronautico al fine di tutelare la salute della popolazione residente nelle zone limitrofe allo scalo.

Tra le misure previste dal suddetto Piano vi è l’obbligo, previsto dal punto n. 6) dell’allegato A al citato D.M., per il gestore aeroportuale di produrre, ogni anno, al Ministero dell’Ambiente, alla Regione Lazio e ai comuni interessati la documentazione comprovante l’effettiva chiusura ai voli dell’aeroporto in questione nelle ore notturne 23:00-6:00.

In forza dell’attività di monitoraggio e raccolta dati svolta in ottemperanza al suddetto obbligo, il gestore si avvede che nel periodo 1 gennaio – 31 agosto 2022 n. 445 voli di aviazione commerciale sono atterrati a Ciampino oltre le ore 23.00 e l’81% di questi ha operato nella fascia oraria 23:00-23:59.

Tale circostanza viene resa nota da ADR s.p.a. all’ENAC nella riunione del Comitato di coordinamento dell’aeroporto di Ciampino costituito ai sensi del Regolamento CE 93/95 (che reca la disciplina unitaria sull’assegnazione delle bande orarie negli aeroporti coordinati) tenutasi in data 28 settembre 2022, alla quale partecipano anche i rappresentanti dei vettori operanti nello scalo: in tale occasione ADR s.p.a. fa presente di non poter indagare la fondatezza delle circostanze addotte a giustificazione delle cause di forza maggiore che causano lo sfioramento dell’orario limite delle 23:00 ma di doversi limitare a prendere atto delle motivazioni fornite dai dichiaranti.

Il gestore, però, aggiunge che quanto verificatosi in detto periodo non è in linea con lo spirito del D.M. 18 dicembre 2018 n. 345 e afferma che la numerosità dei ritardi è da addebitarsi alle severe irregolarità che hanno interessato l’intera rete del trasporto aereo europeo nella stagione estiva 2022.

Alla luce di tali considerazioni ADR s.p.a. suggerisce la seguente soluzione all’ENAC: ferma l’operatività dello scalo fino alle ore 23:00, disporre il divieto di assegnazione delle bande orarie per i voli commerciali oltre le 22:00, in modo da creare uno *slot* “cuscinetto” idoneo ad assorbire i voli in ritardo limitando gli sfioramenti oltre le 23:00.

1. Art. 1 Decreto Ministero dell’Ambiente 18 dicembre 2018 n. 345.

L'ENAC accoglie positivamente la proposta e, con nota del Direttore Generale del 17 ottobre 2022, autorizza il Direttore Territoriale (ex Direttore Aeroportuale) del Lazio a rilasciare il proprio nulla osta alla proposta di ADR per il ritiro delle bande orarie di atterraggio attualmente assegnate dopo le ore 22:00.

Successivamente, con ordinanza del 18 novembre 2022 il Direttore Territoriale del Lazio, dando atto nelle premesse anche della citata nota del D.G., dispone, tra l'altro, il divieto di assegnazione, per i voli commerciali nell'aeroporto di Ciampino, delle bande orarie oltre le ore 22:00.

## 2. Gli *slot* aeroportuali

La liberalizzazione del trasporto aereo nell'Unione Europea ha avuto inizio nella seconda metà degli anni '80 grazie al fondamentale contributo della Corte di giustizia CE che ha affermato l'applicazione, a tale settore, della normativa comunitaria sulla concorrenza, ed è proseguita negli anni novanta con l'adozione del c.d. terzo Pacchetto di misure comunitarie in materia di liberalizzazione del settore.<sup>2</sup>

La progressiva riduzione delle barriere di ingresso ha consentito a nuove compagnie di operare nei cieli comunitari<sup>3</sup> così favorendo il miglioramento quantitativo e qualitativo dei servizi a vantaggio dei cittadini.

Tuttavia l'apertura del mercato ha causato la congestione di molti aeroporti che non erano in grado di far fronte alla crescente domanda di utilizzo dello scalo generatasi a seguito della liberalizzazione.

Per tale motivo il legislatore comunitario ha avvertito la necessità di adottare una disciplina normativa uniforme per assicurare a tutti i vettori interessati l'accesso agli aeroporti congestionati sulla base di norme imparziali, trasparenti e non discriminatorie così da evitare l'inequiva distribuzione dei vantaggi derivanti dalla liberalizzazione e la conseguente distorsione della concorrenza.<sup>4</sup> È stato, così, adottato il Regolamento CEE n. 95/93 del Consiglio del 18 gennaio 1993 relativo a norme comuni per l'assegnazione di bande orarie negli aeroporti della Comunità, che ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dello *slot*, in italiano "banda oraria", e le regole per la loro assegnazione in un aeroporto congestionato a tutti i vettori che ne facciano richiesta.

Il Regolamento CEE n. 95/93 è stato successivamente modificato dal Regolamento CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004 n. 793 che ha apportato alcuni aggiornamenti alla normativa del 1993 pur mantenendone inalterato l'impianto.

In particolare è stata aggiornata la definizione di *slot* ed è stato, così, possibile addivenire ad una soluzione circa il dibattito sulla sua natura giuridica e su tutte le problematiche connesse, tra cui quelle legate alla commercializzazione degli *slot* medesimi.<sup>5</sup>

2. F. GASPARI, *Il diritto della concorrenza nel trasporto aereo, La slot allocation*, Torino, 2012, p. 1.

3. F. GASPARI, *op. cit.*, p. 2.

4. M. P. RIZZO, *L'utilizzo della infrastruttura aeroportuale: slot allocation*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. XIV, 2016, p. 121 ss.

5. F. GASPARI, *op. cit.*, p. 117.

L'art. 2, lett. a) del Regolamento CEE n. 95/93, nella sua versione originaria, definiva lo *slot* come “il tempo programmato d'arrivo o di partenza disponibile o assegnato per un movimento aeronavale ad una data determinata in un aeroporto coordinato in base al presente Regolamento” mentre l'attuale formulazione della citata disposizione, come modificata dal Regolamento CE n. 793/2004, qualifica la banda oraria come “il permesso dato da un coordinatore ai sensi del presente regolamento di utilizzare l'intera gamma di infrastrutture aeroportuali necessarie per operare un servizio aereo in un aeroporto coordinato ad una data e in un orario specifici assegnati da un coordinatore ai sensi del presente regolamento al fine di atterrare o decollare”.

Dal confronto fra le due versioni della norma emerge la novità dell'approccio operata dal legislatore comunitario: se, infatti, la definizione originaria di banda oraria era basata sull'aspetto tecnico operativo della stessa,<sup>6</sup> con la modifica del 2004 l'attenzione del legislatore si è spostata sulla sua dimensione funzionale-organizzativa.<sup>7</sup>

Ne discende, quindi, l'identificazione dello *slot* con il permesso di utilizzare l'intera gamma di infrastrutture aeroportuali ovvero con il provvedimento autorizzatorio<sup>8</sup> concesso al vettore dal coordinatore designato.

Con l'entrata in vigore della modifica del 2004, quindi, non sembra più potersi avanzare alcun dubbio in ordine alla natura provvedimentale dell'assegnazione delle bande orarie<sup>9</sup> cosicché appare logico affermare che in capo ai vettori sussista, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, una situazione giuridica soggettiva qualificabile come interesse legittimo<sup>10</sup> di tipo oppositivo in capo ai vettori *incumbents* (salva l'ipotesi della *Grandfather's Rule*) e di tipo pretensivo, in capo ai *new entrants*.<sup>11</sup>

La dottrina ritiene che tale provvedimento abbia natura autorizzatoria e non concessoria in quanto esso si inserisce nella sequenza di esercizio di un'attività economica la cui iniziativa muove dal privato, sia pure con il consenso dell'amministrazione (esplicantesi nel rilascio degli atti abilitanti), e non, come accade nella concessione (specie di pubblici servizi), dai pubblici poteri.<sup>12</sup>

Di contro, stante il tenore letterale dell'attuale art. 2, lett. a), Regolamento CEE n. 95/93 si può chiaramente escludere la qualificabilità dello *slot* come diritto di proprietà,<sup>13</sup> teoria sostenuta da alcuni vettori sotto la vigenza della norma nella versione originaria.<sup>14</sup>

6. F. GASPARI, *op. cit.*, p. 116.

7. M. DEIANA, *Riflessioni sulla slot allocation*, in [https://web.unica.it/static/resources/cms/documents/1\\_Riflessionisullaslotallocation.pdf](https://web.unica.it/static/resources/cms/documents/1_Riflessionisullaslotallocation.pdf), p. 3.

8. M. P. RIZZO, *op. cit.*, p. 126.

9. F. GASPARI, *op. cit.*, p. 160.

10. M. DEIANA, *op. cit.*, p. 4.

11. F. GASPARI, *op. cit.*, p. 161.

12. M. P. RIZZO, *op. cit.*, p. 127.

13. F. GASPARI, *op. cit.*, p. 163.

14. F. GASPARI, *op. cit.*, p. 127 ss.

Gli *slot* sono, dunque, beni pubblici, oggetto di un provvedimento amministrativo che viene emanato da un Coordinatore sulla base di un procedimento amministrativo: la *slot allocation*<sup>15</sup> delineata dall'art. 8 ss Regolamento CEE n. 95/93.

Presupposto della procedura è la designazione, da parte dello Stato membro, di un aeroporto come aeroporto coordinato, secondo i criteri e le modalità indicati dall'art. 3 Regolamento cit., e, successivamente, la nomina, ai sensi dell'art. 4 Regolamento cit., di una persona fisica o giuridica che assuma il ruolo di coordinatore dell'aeroporto, previo parere dei vettori aerei che lo usano regolarmente, delle organizzazioni che li rappresentano, dell'ente di gestione e del comitato di coordinamento,<sup>16</sup> se esistente.

Il coordinatore è l'unico responsabile dell'assegnazione delle bande orarie in base alle disposizioni del Regolamento stesso, dispone che, in situazioni di emergenza, le bande orarie possano essere assegnate anche al di fuori delle ore di ufficio e controlla la conformità delle operazioni dei vettori con le bande orarie assegnate (cfr. art. 4, commi 5 e 6, Regolamento cit.).

La figura del coordinatore si configura come lo strumento che l'ordinamento unionale ha individuato al fine di perseguire l'obiettivo della tutela della concorrenza tra i vettori nell'accesso alle infrastrutture aeroportuali e, di conseguenza, alle rotte.<sup>17</sup>

Per ogni aeroporto coordinato lo Stato membro garantisce la definizione dei parametri per l'assegnazione delle bande orarie due volte all'anno, tenendo conto, nel contempo, di tutti i vincoli tecnici, operativi e ambientali pertinenti nonché degli eventuali cambiamenti ad essi relativi, secondo le previsioni dell'art. 6 del Regolamento stesso.

L'art. 7, comma 1, Regolamento cit. impone ai vettori aerei, che operano o che intendono operare in un aeroporto coordinato, di comunicare al coordinatore, al momento della domanda di assegnazione degli *slot*, tutte le informazioni pertinenti e, in particolare, se beneficeranno eventualmente della qualifica di nuovo concorrente a norma dell'articolo 2, lettera b), Regolamento stesso. Le bande orarie sono assegnate, come sopra detto, secondo la procedura delineata dall'art. 8 ss Regolamento cit., di seguito sintetizzata.

Le serie di bande orarie sono assegnate, prelevandole dal *pool* delle bande orarie, ai vettori richiedenti, salvo che una serie di esse sia stata utilizzata da un vettore per l'esercizio di servizi aerei di linea e di servizi aerei programmati e non di linea e lo stesso vettore sia in grado di comprovare che la serie di bande orarie in questione è stata operata per almeno l'80% del tempo nel corso della stagione di traffico per cui detta serie è stata assegnata.

15. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sentenza 19 gennaio 2010, n. 453.

16. Secondo la previsione dell'art. 5 Regolamento CEE n. 95/93 è composto dai vettori aerei che utilizzano regolarmente l'aeroporto e dalle loro organizzazioni rappresentative, dall'ente di gestione dell'aeroporto in questione, dalle competenti autorità di controllo del traffico aereo e dai rappresentanti del settore aviazione generale che utilizzano regolarmente l'aeroporto e svolge due funzioni: a) presentare proposte o fornire consulenza al coordinatore e/o allo Stato membro in merito alle materie indicati dalla disposizione stessa e b) fare opera di mediazione tra tutte le parti interessate in ordine a reclami sull'assegnazione delle bande orarie.

17. M. P. RIZZO, *op. cit.*, p. 124.

In tal caso la serie di bande orarie viene assegnata al medesimo vettore se ne fa richiesta per la successiva corrispondente stagione di traffico.

Se non è possibile accogliere tutte le domande di assegnazione pervenute è data precedenza ai servizi aerei commerciali e, in particolare, ai servizi di linea e ai servizi aerei programmati non di linea e, fra essi, alle attività che si protraggono per tutto l'anno.

Il coordinatore, nell'assegnazione, tiene conto anche delle regole e linee direttrici fissate dagli organismi internazionali e comunitari nonché delle linee direttrici locali proposte dal comitato di coordinamento e approvate dallo Stato membro o dagli altri organi competenti per l'aeroporto in questione, sempre che tali regole e linee direttrici non ostino all'indipendenza del coordinatore, siano conformi al diritto comunitario e siano intese ad ottenere un utilizzo più efficiente della capacità dell'aeroporto.

Se la richiesta di una banda oraria non può proprio essere accolta, il coordinatore ne comunica le ragioni al vettore aereo richiedente e indica, in alternativa, la banda oraria più vicina disponibile. Per quanto riguarda la natura giuridica dei criteri di assegnazione delle bande orarie, la giurisprudenza amministrativa interna ha chiarito che i criteri di assegnazione delle bande orarie sono configurabili come "atti di palese natura organizzatoria"<sup>18</sup> con le conseguenze che tale qualificazione comporta anche sul piano impugnatorio.<sup>19</sup>

La questione dell'assegnazione degli *slot* diviene particolarmente importante nel caso di rotte oggetto di oneri di servizio pubblico ovvero "*quei servizi aerei di linea effettuati tra un aeroporto comunitario e un aeroporto che serve una regione periferica o in via di sviluppo all'interno del suo territorio o una rotta a bassa densità di traffico verso un qualsiasi aeroporto nel suo territorio, qualora tale rotta sia considerata essenziale per lo sviluppo economico e sociale della regione servita dall'aeroporto stesso*" secondo la definizione offerta dall'art. 16 del Regolamento CE n. 1008/2008 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008 recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità.

Ciò in quanto le probabilità che un aeroporto coordinato o facilitato tutto l'anno sia anche destinatario di oneri di servizio pubblico sono minori rispetto alle probabilità che ciò accada ad un aeroporto che non rientra in tali categorie: gli o.s.p., infatti, riguardano per lo più rotte che servono mete turistiche per le quali l'offerta è ricca nelle stagioni ad alta frequentazione mentre diventa insufficiente nelle altre, con gli effetti conseguenti sul regime delle bande orarie<sup>20</sup> (laddove gli aeroporti assoggettati tutto l'anno a coordinamento o facilitazione sono quelli caratterizzati da traffico costante nel corso di tutte le stagioni).

18. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sentenza 7 marzo 2008, n. 2162.

19. F. GASPARI, *op. cit.*, p. 291.

20. M. M. COMENALE PINTO, *Bande orarie e continuità territoriale*, in *Rivista del Diritto della Navigazione*, Numero 1, 2019, pp. 11-12.

In tali casi, dunque, occorre che la regolamentazione della distribuzione delle bande orarie tenga conto dell'esigenza di garantire i servizi onerati, oltre che di impedire favoritismi nei confronti di alcune compagnie aeree rispetto ad altre.<sup>21</sup>

Di tale problema specifico hanno tenuto conto le istituzioni comunitarie con la previsione contenuta nell'art. 9 del sopracitato Regolamento CEE n. 95/93 che, nell'attuale formulazione, consente, a determinate condizioni, la riserva di banda oraria per le rotte su cui siano stati imposti oneri di servizio pubblico: il paragrafo 2 del citato art. 9 prevede, infatti, che la banda oraria sia messa a gara con le stesse procedure previste per l'assegnazione degli oneri di servizio pubblico se un altro vettore aereo comunitario sia interessato ad operare sulla rotta in questione e non abbia potuto ottenere bande orarie nell'ora che precede o che segue quella richiesta al coordinatore.<sup>22</sup>

### 3. Il quadro normativo sul contenimento dell'inquinamento acustico

Il trasporto aereo pone notevoli problematiche di compatibilità ambientale anche con riferimento all'inquinamento acustico: nella fase di atterraggio e decollo, in particolare, quando i motori sono al massimo della potenza, gli aerei producono livelli molto alti di rumore che causano reazioni avverse da parte delle comunità che risiedono nelle zone limitrofe agli aeroporti.<sup>23</sup>

Negli anni l'esigenza di contenere tale forma di inquinamento si è fatta sempre più pressante sia a livello internazionale che nazionale.

Per quanto riguarda l'Italia, la prima importante azione è stata l'adozione della legge quadro 26 ottobre 1995 n. 447 sull'inquinamento acustico che, ai sensi dell'art. 1, comma 1, *“stabilisce i principi fondamentali in materia di tutela dell'ambiente esterno e dell'ambiente abitativo dall'inquinamento acustico, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 117 della Costituzione”*.

In particolare, l'art. 3 della legge quadro individua le competenze dello Stato nell'ambito delle azioni di contenimento dell'inquinamento acustico e, al comma 1, lett. m), pone in capo al Ministero dell'ambiente il potere di determinare, con decreto e di concerto con il Ministero dei trasporti e della navigazione, i criteri di misurazione del rumore emesso dagli aeromobili e la disciplina per il contenimento dell'inquinamento acustico, con particolare riguardo: 1) ai criteri generali e specifici per la definizione di procedure di abbattimento del rumore vevoli per tutti gli aeroporti e all'adozione di misure di controllo e di riduzione dell'inquinamento acustico prodotto da aeromobili civili nella fase di decollo e di atterraggio; 2) ai criteri per la classificazione degli aeroporti in relazione al livello di inquinamento acustico; 3) alla individuazione delle zone di rispetto per le aree e le attività aeroportuali e ai criteri per regolare l'attività urbanistica nelle zone di rispetto. Ai fini della presente disposizione per attività aeroportuali si intendono sia le fasi di decollo o di atterraggio, sia quelle di manutenzione, revisione e prove motori degli aeromobili; 4) ai criteri per

21. M. M. COMENALE PINTO, *op. cit.*, p. 19.

22. M. M. COMENALE PINTO, *op. cit.*, p. 20.

23. <https://www.icao.int/environmental-protection/Pages/noise.aspx>.

la progettazione e la gestione dei sistemi di monitoraggio per il controllo dei livelli di inquinamento acustico in prossimità degli aeroporti.

Parallelamente, l'art. 11, comma 1, della citata legge quadro, nella sua versione originaria, attribuisce al Consiglio dei Ministri il potere di deliberare, su proposta del Ministro dell'ambiente di concerto con gli altri ministeri interessati secondo le materie di rispettiva competenza, più regolamenti di esecuzione, da adottarsi con D.P.R., distinti per sorgente sonora relativamente alla disciplina dell'inquinamento acustico avente origine dalle varie tipologie di traffico e, per quanto qui rileva, dal traffico aereo nonché dalle nuove localizzazioni aeroportuali.

In attuazione delle disposizioni sopra menzionate, il Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri intervenuta sulla proposta del Ministero dell'Ambiente di concerto con quello dei Trasporti e della Navigazione, ha adottato il D.P.R. 11 dicembre 1997 n. 496 recante *“le modalità per il contenimento e l'abbattimento del rumore prodotto dagli aeromobili civili nelle attività aeroportuali come definite all'articolo 3, comma 1, lettera m), punto 3), della legge 26 ottobre 1995, n. 447. Per quanto riguarda gli aeroporti militari aperti al traffico civile, il presente decreto si applica limitatamente al traffico civile”*, come espressamente indicato dall'art. 1 D.P.R: cit.

Una delle misure più importanti introdotte dal regolamento è quella prevista dall'art. 5, comma 1, ovvero il divieto generalizzato dei voli negli aeroporti civili nella fascia oraria 23:00-6:00, eccezion fatta per gli scali di Roma Fiumicino e Milano Malpensa e per i voli postali effettuati con aeromobili dotati dei requisiti acustici previsti dall'allegato 16 ICAO.

L'art. 5 D.P.R. 11 dicembre 1997 n. 496 è stato, però, annullato dal Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto con la sentenza 4 maggio 1999 n. 537 in accoglimento del ricorso proposto dal gestore aeroportuale dell'aeroporto di Verona il quale aveva contestato l'illegittimità della previsione regolamentare del divieto generalizzato di voli notturni in quanto priva della necessaria copertura legislativa.

Per porre rimedio al vuoto normativo venutosi a creare è stato adottato il D.P.R. 9 novembre 1999 n. 476 che, all'art. 1, riscrive il testo del citato art. 5: dopo aver previsto nuovamente il divieto dei voli notturni negli aeroporti civili e aperti al traffico civile, prevede diverse ipotesi di deroga tra cui l'autorizzazione a far atterrare e decollare voli in ritardo.

La problematica dell'inquinamento acustico è stata affrontata anche a livello comunitario ed ha portato le istituzioni all'adozione del Regolamento n. 598/2014 che istituisce norme e procedure per l'introduzione di restrizioni operative ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti dell'Unione Europea.

Detto Regolamento stabilisce, laddove sia stato constatato un problema di inquinamento acustico, norme concernenti la procedura da seguire per l'introduzione di restrizioni operative dirette a contenere il rumore, in modo coerente a livello dei singoli aeroporti, per migliorare il clima acustico e limitare o ridurre il numero delle persone che subiscono in misura significativa gli effetti nocivi del rumore prodotto dai velivoli, in conformità all'approccio equilibrato.<sup>24</sup>

24. Art. 1, comma 1, Regolamento (UE) N. 598/2014 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014 che

Secondo la definizione fornita dall'art. 2, n. 6, Regolamento, per procedura operativa si intende: *“un intervento diretto a contenere il rumore che limita l'accesso ad un aeroporto o ne riduce le capacità operative, ivi comprese le restrizioni operative intese a vietare l'esercizio di velivoli marginalmente conformi in aeroporti determinati, come pure le restrizioni operative parziali che ad esempio si applicano per un determinato periodo di tempo durante il giorno o soltanto a talune piste dell'aeroporto”*.

In forza del quadro normativo fin qui delineato, in data 18 dicembre 2018 il Ministro dell'Ambiente emana il Decreto Ministeriale n. 345 con il quale approva, secondo le disposizioni ivi contenute e le prescrizioni di cui all'allegato A, il Piano degli interventi di contenimento e abbattimento del rumore derivante dal traffico aeronautico dell'aeroporto “G.B. Pastine” di Ciampino presentato dal gestore aeroportuale Aeroporti di Roma s.p.a.<sup>25</sup>

Il punto n. 6) del citato allegato A al D.M. 18 dicembre 2018 n. 345, in particolare, impone al gestore aeroportuale di produrre, ogni anno, al Ministero dell'Ambiente, alla Regione Lazio e ai comuni interessati la documentazione comprovante l'effettiva chiusura ai voli dell'aeroporto in questione nelle ore notturne (23:00 – 6:00) così come previsto nel Piano approvato.

#### **4. La vicenda pregressa: l'ordinanza aeroportuale ENAC n. 2/2019 e la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio 24 febbraio 2020 n. 2369**

In ottemperanza alle prescrizioni legislative e regolamentari sopra delineate, l'ENAC, nella persona del Direttore della Direzione Aeroportuale Lazio, al fine di fare chiarezza sulla normativa vigente in materia, adotta l'ordinanza n. 2/2019 con la quale, premessa l'immediata esecutività e la diretta applicabilità del D.M. 18 dicembre 2018 n. 345 ed in particolare del punto n. 6) dell'allegato A che dispone la chiusura effettiva ai voli nel periodo notturno (23:00 – 06:00), dispone l'abrogazione delle previgenti ordinanze n. 13/2010 e n. 17/2010 in materia di operatività notturna dello scalo.

Tale ordinanza, stante l'effetto abrogativo integrale dei previgenti provvedimenti, viene ritenuta illegittima da uno dei vettori commerciali che operano nello scalo che la impugna innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

Secondo le motivazioni espresse nel ricorso, l'ordinanza aeroportuale n. 2/2019 sarebbe meritevole di annullamento poiché, abrogando le ordinanze aeroportuali nn. 13 e 17/2010 senza disporre alcunché circa le ipotesi di deroga al divieto di voli notturni già previste dai previgenti provvedimenti, e, in particolare, la deroga relativa ai voli in ritardo per cause di forza maggiore, avrebbe introdotto nell'aeroporto di Ciampino il divieto generalizzato di voli notturni, già cassato in più occasioni dalla giurisprudenza amministrativa.

istituisce norme e procedure per l'introduzione di restrizioni operative ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti dell'Unione, nell'ambito di un approccio equilibrato, e abroga la direttiva 2002/30/CE.

25. Art. 1 Decreto Ministero dell'Ambiente 18 dicembre 2018 n. 345.

In proposito occorre rilevare che le stesse ordinanze abrogate si erano conformate alla sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio 20 febbraio 2017 n. 2638 che aveva annullato precedenti provvedimenti limitativi dell'operatività notturna nel medesimo scalo.

A sostegno dell'ordinanza n. 2/2019 l'ENAC afferma in giudizio che le deroghe al divieto generalizzato di voli notturni e, in particolare, quella relativa ai voli in ritardo per cause di forza maggiore è ricavabile implicitamente dal D.M. 345/2018 a cui l'ordinanza impugnata rimanda, anche in considerazione del fatto che il principio di deroghe normative per cause di forza maggiore è principio immanente nell'ordinamento.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, tuttavia, ritiene che l'assunto di ENAC trovi smentita proprio nel D.M. 18 dicembre 2018 n. 345 che rimette a detto Ente il potere di adottare le misure concrete per l'attuazione del divieto di voli notturni.

Di conseguenza il Tribunale così si determina: *“Il ricorso deve, dunque, essere accolto sotto tale profilo (...) e, per l'effetto, l'impugnata ordinanza ENAC 02/2019 deve essere annullata nella parte in cui essa non prevede che, in caso di arrivi di aeromobili all'aeroporto di Ciampino oltre l'orario di operatività dello scalo (ore 23.00 locali), l'atterraggio sia eccezionalmente consentito ove il ritardo sia dovuto a cause eccezionali di forza maggiore, in alcun modo imputabili al vettore aereo, secondo quanto già stabilito nella citata sentenza n. 2638/2017, le cui affermazioni si condividono”*.<sup>26</sup>

## 5. La sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio 14 febbraio 2024 n. 3030

Si arriva, così, all'adozione, da parte di ENAC, dell'ordinanza del 18 novembre 2022 con la quale viene vietata l'assegnazione delle bande orarie oltre le ore 22:00 per i voli commerciali nell'aeroporto di Ciampino.

Il provvedimento viene impugnato da Ryanair, lo stesso vettore che aveva contestato con successo la precedente ordinanza 2/2019, il quale eccepisce, in via principale, proprio la violazione del giudicato di cui alla sentenza n. 2369/2020 perché, a suo dire, il provvedimento del 18 novembre 2022 riproduce il contenuto del provvedimento già annullato; in subordine il ricorrente eccepisce l'illegittimità del provvedimento impugnato sotto altri profili, tra cui l'incompetenza dell'Ente.

Si costituiscono in giudizio l'ENAC e ADR s.p.a. che instano per il rigetto del ricorso adducendo l'infondatezza di tutti i motivi di illegittimità ivi dedotti.

Il Tribunale adito, all'esito della prima udienza di discussione, reputa non meritevole di accoglimento la tesi di Ryanair relativa alla violazione della sentenza n. 2369/2020 poiché il provvedimento impugnato non introduce un divieto di atterraggio per cause di forza maggiore al di fuori dell'orario di operatività dello scalo di Ciampino ma tende a rendere effettivamente cogente la prescrizione n. 6 del Piano antirumore.

Pertanto, con sentenza non definitiva del 20 marzo 2023 n. 4816, il Tribunale Amministrativo per il Lazio rigetta la domanda di ottemperanza disponendo, previa conversione del rito, la prosecuzione del procedimento per il solo esame della domanda di annullamento.

26. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sentenza 24 febbraio 2020 n. 2369, p. 6.

All'esito della seconda udienza di discussione, il Tribunale pronuncia la sentenza 4 febbraio 2024 n. 3030 con la quale, disattesi anche tutti gli altri motivi di ricorso, lo respinge confermando integralmente l'ordinanza aeroportuale ENAC del 18 novembre 2022.

Il Tribunale, dopo aver ricostruito il quadro normativo sul quale fondano la legittimità il D.M. 18 dicembre 2018 n. 345 e l'ordinanza impugnata, osserva, innanzitutto, che: *“La misura introdotta con il gravato provvedimento, pertanto, risulta funzionale ad assicurare il rispetto di un vincolo ambientale, quale quello fissato dalla prescrizione n. 6 dell'Allegato A del Piano Antirumore con il fine di ridurre l'inquinamento acustico causato dall'operatività dello scalo di Ciampino”*<sup>27</sup> e non costituisce, come affermato dal vettore, violazione del citato D.M.

Il provvedimento, infatti, oltre ad essere stato adottato dall'Ente competente, essendo l'ENAC il soggetto cui è demandata l'individuazione delle modalità concrete di attuazione del divieto di voli notturni, come già affermato nella sentenza 2369/2020, è finalizzato a rendere effettiva la misura di contenimento del rumore alla fonte limitando i voli entro la fascia oraria 06:00-22:00 e lasciando impregiudicata l'operatività dello scalo fino alle ore 23:00.

Il vettore, invece, secondo il Collegio giudicante, confonde l'estensione temporale del divieto di volo notturno, in forza del quale non è consentito l'atterraggio di voli commerciali oltre le ore 23:00 (salvo ipotesi eccezionali determinate da cause di forza maggiore) con le questioni relative all'operatività dello scalo, da attuare necessariamente nel rispetto dei vigenti vincoli ambientali.

Il Tribunale Amministrativo evidenzia come la misura così realizzata garantisca un equo bilanciamento degli interessi pubblici e privati coinvolti, con la conseguenza che tale misura si appalesa legittima anche in termini di necessità e proporzionalità dell'intervento.

Il Giudice, infine, nega che vi sia stata una violazione della procedura prevista dal D.M. 18 dicembre 2018 n. 345 poiché contrariamente a quanto sostenuto dal ricorrente, stante la finalità della misura, l'ENAC non doveva consultare altri Enti per l'adozione dell'ordinanza e conferma che essa è sorretta da una motivazione legittima in quanto rinvia *per relationem* alla proposta espressamente formulata dal gestore nell'ambito del Comitato di coordinamento.

## 6. Riflessioni conclusive

La sentenza in commento assume, alla luce di quanto esposto, una notevole importanza nell'ambito della giurisprudenza amministrativa in materia di contrasto all'inquinamento acustico aeronautico mediante la riduzione dell'operatività degli scali aeroportuali.

La decisione, infatti, oltre a porre una puntuale disamina del D.M. 18 dicembre 2018 n. 345 con conseguente individuazione della portata delle competenze dell'ENAC in materia di attuazione della normativa sul contrasto all'inquinamento generato dal trasporto aereo, offre un interessante spunto di riflessione sulle modalità con cui detto obiettivo può essere raggiunto.

27. Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sentenza 14 febbraio 2024 n. 3030, p. 10.

Il legittimo divieto di assegnazione degli *slot* dalle 22:00 alle 23:00 nell'aeroporto di Ciampino, come disposto dall'ordinanza ENAC del 18 novembre 2022 avallata dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, consente, infatti, di diminuire l'inquinamento acustico patito dalle popolazioni limitrofe poiché riduce il traffico aereo nello scalo: non potendo più essere programmati voli in partenza o in arrivo oltre le ore 22:00 il numero di aeromobili che decollano o atterrano tra le 22:00 e le 23:00 diminuisce drasticamente cosicché viene meno la principale sorgente del rumore aeronautico ovvero i decibel generati dai motori dei velivoli al massimo della loro potenza (in fase di decollo e atterraggio).

Inoltre, anticipando l'ultimo *slot* disponibile alla fascia oraria 21:00-22:00, i voli eventualmente in ritardo, che sono in numero esiguo in quanto normalmente operati in orario diverso, riescono ad atterrare e/o decollare non più tardi delle ore 23:00, garantendo l'effettiva chiusura dell'aeroporto nelle ore notturne.

Di contro, prima dell'introduzione della misura, tutte le compagnie potevano programmare decolli e atterraggi fino alle ore 23:00 con la duplice conseguenza che gli aeromobili sorvolanti lo scalo fino a quell'ora erano più numerosi e i voli in ritardo venivano operati ben oltre la chiusura notturna dell'aeroporto con conseguente aggravio per la popolazione in tema di inquinamento acustico.

La pronuncia in commento, quindi, dimostra come, attraverso la sapiente assegnazione delle bande orarie, la procedura di *slot allocation* si trasformi da mero strumento gestionale di risoluzione della congestione aeroportuale, nato per far fronte alla crescente scarsità di disponibilità dell'infrastruttura e dei servizi aeroportuali nonché per garantire la fluidità degli spazi aerei più intensamente frequentati,<sup>28</sup> a importante misura di prevenzione e contrasto alle varie forme di inquinamento aeronautico, con particolare riguardo a quello acustico.

28. M. M. COMENALE PINTO, *op. cit.*, p. 7.

## Inammissibile la domanda cautelare ex articolo 700 c.p.c. in materia di immissioni acustiche aeroportuali: la materia è riservata al giudice amministrativo in via esclusiva\*

Antonio Cecere

Avvocato, Responsabile dell'Ufficio Security, Safety, Tutela dei Diritti e Handling della Direzione Territoriale Campania ENAC

### Abstract

*Inadmissible the precautionary action (ex Articolo 700 c.p.c.) in relation to airport noise emissions: it is subject to exclusive administrative jurisdiction.*

*The judgment in comment deals with the precautionary action, made by a group of citizens who complain for the airport noise; the court starts focusing on the ownership of the jurisdiction between Ordinary Judge and Administrative one of the actions which have as their object an action made by Public. The Court affirms not to be the natural judge, in order to the right description of the nature of the action.*

*La pronuncia in commento ha ad oggetto la domanda cautelare espedita da un gruppo di cittadini che lamentavano immissioni generate dal rumore aeroportuale; il Tribunale si sofferma sulla titolarità della giurisdizione, tra giudice ordinario e amministrativo, delle azioni aventi ad oggetto l'esercizio di poteri pubblici. Il Tribunale afferma la giurisdizione del giudice amministrativo come giudice naturale, basandosi sulla ricostruzione della natura dell'azione.*

*Key words: Precautionary action, Exclusive administrative jurisdiction, Airport noise emissions.*

*Parole chiave: Domanda cautelare, giurisdizione esclusiva, Immissioni acustiche aeroportuali.*

\* Sottoposto a referaggio.

**Sommario** – 1. Introduzione – 2. Il ricorso e la posizione dei resistenti – 3. Il quadro normativo sulla materia del rumore aeroportuale – 4. La pronuncia del giudice: il difetto di giurisdizione – 5. Il superamento della teoria dei diritti indegradabili.

## 1. Introduzione

La pronuncia in esame, emessa dal Tribunale di Napoli, muove dal ricorso presentato congiuntamente da alcuni cittadini del Comune di Napoli, i quali lamentavano la lesione dei diritti all'abitazione e alla salute in seguito alle indebite immissioni rumorose dovute al transito dei velivoli sul territorio comunale.<sup>1</sup>

La vicenda, a ben vedere, come confermato dalla ricostruzione che il giudice ha illustrato nella sentenza, piuttosto che sul merito delle doglianze, inerisce alla preliminare ed assorbente questione di giurisdizione, cioè, sui presunti limiti della cognizione del giudice amministrativo in materie che afferirebbero a diritti costituzionalmente garantiti e su come l'ordinamento offra tutela nelle materie di giurisdizione esclusiva alle istanze di natura *extra-ordinem*.

## 2. Il ricorso e la posizione dei resistenti

Il giudizio trae origine dal ricorso presentato da cinque cittadini, tutti residenti nel comune di Napoli, seppure in aree diverse della cittadina, i quali lamentavano la lesione dei beni-interessi *salute e diritto all'abitazione* per mezzo delle presunte indebite immissioni acustiche generate dal transito degli aeromobili lungo la rotta da e per lo scalo di Capodichino.

I ricorrenti adiscono il giudice ordinario, in sede cautelare, nelle modalità previste e normate dall'art. 700 c.p.c., al fine di ottenere una tutela *ante causam*, che nel caso di specie si configurava come interruzione delle immissioni sonore e gassose, da imporre, come da *petitum*, attraverso un provvedimento *extra ordinem* nei confronti del costituito gestore aeroportuale, del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, del provider dei servizi di assistenza al volo (ENAV S.p.A.) e dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, sino all'adozione di misure tecniche in grado di impedire le immissioni ritenute intollerabili.

Il procedimento di cui all'art. 700 c.p.c. afferisce al *genus* dei procedimenti speciali di natura intrinsecamente cautelare, finalizzati, principalmente, ad assicurare la conservazione dello stato di fatto, affinché la decisione, successivamente adottata a cognizione piena, avvenga *re adhuc integra*.<sup>2</sup>

Il presupposto fattuale e giuridico per la neutralizzazione del pregiudizio è la contemporanea presenza del *fumus boni iuris* e del *periculum in mora*: il procedimento ex art. 700 c.p.c. è, infatti,

1. Per un inquadramento della questione, cfr. C. TINCANI, *Attività aeroportuale ed immissioni di rumore aereo*, in *Dir. trasp.* 1996, p. 415.

2. Si veda E. BRANDOLINI, *La tutela cautelare atipica aspetti generali, presupposti e contenuti*, in E. BRANDOLINI, G. CASSANO (a cura di), *Tutela urgente dei diritti ex Art. 700 C.P.C.*, Assago, 2017.

finalizzato alla emanazione di provvedimenti innominati o atipici di urgenza attraverso i quali, colmando il “vuoto” del sistema, in nessun caso l’organo giudicante viene ad essere sprovvisto dei poteri necessari per far fronte alle molteplici necessità del caso concreto.<sup>3</sup>

I ricorrenti, inoltre, chiedono l’introduzione, a salvaguardia della propria condizione, di un meccanismo sanzionatorio giornaliero, a norma dell’art. 614 *bis* c.p.c. a carico dei resistenti, a presidio dell’ordine inibitorio richiesto, dichiarando altresì l’intenzione di sostenere, nella cognizione ordinaria, oltre l’accertamento delle responsabilità dei resistenti anche in quanto alle azioni risarcitorie per danno biologico.

Si costituiscono, in opposizione al ricorso, il gestore aeroportuale di Napoli, l’ENAC, il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, l’ENAV e, mediante intervento *ad adiuvandum*, la Regione Campania e l’Unione Industriali di Napoli, a testimonianza della delicatezza del tema che inerisce l’esercizio di un servizio pubblico di natura strategica.

Le argomentazioni dei resistenti possono ricondursi, essenzialmente, ad un duplice ordine di posizioni: dapprima, viene sostenuta la carenza di giurisdizione del giudice ordinario.

Viene, cioè, sostenuto che la tutela cautelare invocata, nelle forme del ricorso *ex art.* 700 c.p.c., avente sostanzialmente carattere inibitorio delle immissioni *ex art.* 844 c.c., a tutela di beni e interessi di rango costituzionale ed euro-unitari (artt. 32 Cost. e 8 CEDU, rispettivamente per il diritto alla salute ed il diritto all’abitazione), non può trovare che nella giurisdizione esclusiva<sup>4</sup> del Giudice Amministrativo la propria sede, in ossequio al principio del riparto di giurisdizione incardinato sull’esercizio o meno di un potere autoritativo.

L’approvazione delle rotte aeree su uno scalo, nella prospettazione dei ricorrenti, è il frutto di una valutazione delle autorità coinvolte che, acquisiti gli elementi necessari, provvedono a renderle efficaci attraverso gli atti amministrativi legalmente previsti.

3. Si veda G. BASILICO, *La tutela civile preventiva*, Milano, 2013, p. 209-210, che afferma: “*il contenuto primario della tutela inibitoria è rappresentato dall’ordine di cessazione: inibire significa impedire, pertanto il provvedimento giudiziale invocato si dirige nei confronti di un comportamento illegittimo, che viene, così, interdetto e che non può più essere proseguito o reiterato. È evidente che quel comportamento, qualificato come illecito, sia pure attraverso varie e diverse sfumature, è un comportamento già esaurito nella sua fattispecie, ma di cui si protraggono ancora gli effetti – pregiudizievoli o, quanto meno, pericolosi – oppure è un comportamento fisiologicamente destinato alla reiterazione, di talché l’ordine inibitorio servirà ad impedirla*”.

4. Con l’espressione giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo si intende quel tipo di giurisdizione in cui questi conosce, in relazione a determinate materie indicate dalla legge, oltre che di interessi legittimi, anche di diritti soggettivi. In tal senso, la giurisdizione si definisce esclusiva di quell’organo, con esclusione, cioè, per quelle materie della giurisdizione di ogni altro giudice e, in particolare, del giudice ordinario civile. Cfr., sul tema, A. POLICE, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, in G.P. CIRILLO (a cura di), *Il nuovo diritto processuale amministrativo*, Padova, 2017.

### **3. Il quadro normativo sulla materia del rumore aeroportuale**

La tematica del rumore aeroportuale ha trovato una prima collocazione nell'ordinamento italiano a seguito della direttiva 2002/30/CE del 26 marzo 2002 del Parlamento Europeo e del Consiglio, che ha istituito norme e procedure per l'introduzione di restrizioni operative ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti della Comunità, cui ha fatto seguito la direttiva 2002/49/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 giugno 2002, che definisce un approccio comune volto ad evitare, prevenire o ridurre, gli effetti nocivi dell'esposizione al rumore ambientale.

Con l'adozione del Regolamento (UE) n. 598 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 aprile 2014, che istituisce norme e procedure per l'introduzione di restrizioni operative ai fini del contenimento del rumore negli aeroporti dell'Unione aventi un traffico superiore a 50.000 movimenti di velivoli per anno di calendario, è stata introdotta la nozione di 'approccio equilibrato', cui ricorrere, nella definizione delle azioni da intraprendere per mitigare gli effetti del rumore aeroportuale, ogni qualvolta il suo uso sia considerato adeguato dal singolo Stato membro interessato. Sul piano nazionale, la Legge Quadro 26 ottobre 1995, n. 447 in materia di inquinamento acustico ha definito gli ambiti di intervento e le responsabilità connesse alla mitigazione dell'impatto ambientale e, con riferimento all'inquinamento acustico causato dal rumore aeroportuale, ha demandato all'allora Ministero dell'Ambiente, di concerto con il Ministero dei Trasporti e della Navigazione, l'adozione di un decreto contenente disposizioni circa la determinazione dei criteri di misurazione del rumore emesso dagli aeromobili e della relativa disciplina per il contenimento dell'inquinamento acustico.

La Commissione che adotta le procedure volte alla riduzione dell'impatto acustico sul territorio limitrofo all'aeroporto, prevista dall'art. 5 del D.M. 31 ottobre 1997 "Metodologia del rumore aeroportuale", è presieduta dall'ENAC e garantisce la rappresentanza degli altri soggetti interessati, (regione, provincia ed enti locali interessati; Agenzia regionale per la protezione dell'ambiente; dell'Ente nazionale di assistenza al volo, vettori aerei, società di gestione aeroportuale), con l'intento di contemperare gli interessi coinvolti.

All'interno del D.M. 31 ottobre 1997 è contenuta, inoltre, la definizione di intorno aeroportuale, il territorio circostante l'aeroporto, il cui stato dell'ambiente è influenzato dalle attività aeroportuali". All'interno dello stesso sono definite le tre aree di rispetto caratterizzate dai seguenti limiti acustici:

- zona A: l'indice LVA (livello di valutazione del rumore aeroportuale) non può superare il valore di 65 dB;
- zona B: l'indice LVA non può superare il valore di 75 dB;
- zona C: l'indice LVA può superare il valore di 75 dB.

Al di fuori delle zone A, B e C, l'indice LVA non può superare il valore di 60 dB (art. 6).

Il gestore aeroportuale è deputato al monitoraggio del rispetto dei limiti di immissione sonora per ciascuna aerea dell'intorno aeroportuale; il risultato di tale monitoraggio, su base quadrimestrale, viene inviato all'Agenzia Regionale per l'Ambiente, al Ministero dell'Ambiente e condiviso all'interno della Commissione.

Di recente l'ENAC ha adottato il Regolamento recante "Disposizioni per l'implementazione dell'approccio equilibrato negli aeroporti nazionali in applicazione del regolamento (UE) 598/2014". Il Regolamento stabilisce, in caso di superamento dei limiti acustici, la procedura da seguire per implementare l'approccio equilibrato, volto a preservare il clima aeroportuale conseguente alla definizione dei limiti acustici, e norme per l'introduzione di modalità attuative delle restrizioni operative dirette a contenere il rumore, in modo coerente a livello dei singoli aeroporti. Il Regolamento, inoltre, fornisce indicazioni sugli interventi e sulle modalità da attuare per porre in essere misure di mitigazione conformi all'approccio equilibrato in caso di superamento dei limiti acustici consentiti.

In questo modo l'ENAC, completando l'attuazione delle norme contenute nel Regolamento 598/2014 ha inteso istituire un quadro normativo completo volto alla definizione delle misure necessarie per contenere i rumori nei dintorni aeroportuali, garantendo la riconciliazione del trasporto aereo con l'ambiente.

#### 4. La pronuncia del giudice: il difetto di giurisdizione

L'arresto in commento opera una ricostruzione dettagliata del riparto di giurisdizione e, a ben vedere, della configurazione dell'interesse legittimo e sulla tutela cautelare che, diversamente da quanto prospettato dai ricorrenti, può trovare di fronte al giudice amministrativo la propria sede naturale.

*Il trasporto aereo, a giudizio del Tribunale, costituisce indiscutibilmente un "servizio pubblico" di interesse nazionale* (cfr., art. 3 d.lgs. 422/1997), rispetto al quale, quindi, rileva la riserva di giurisdizione in favore del giudice amministrativo prevista dall'art. 133 comma 1, lett. c), D. Lgs. 104/2010 (Codice del Processo Amministrativo), che, per l'appunto, affida alla giurisdizione esclusiva del g.a le controversie in materia di pubblici servizi, ivi compresi "i trasporti".

È su tale assunto che si basa la ricostruzione alla base della pronuncia in esame: i ricorrenti contestano la regolamentazione del traffico aereo da parte delle autorità preposte. Nel farlo, in effetti, riconoscono il connotato di fondo della loro azione, ovverosia la discrezionalità valutativa e tecnica alla base delle scelte che, come si è detto, trovano sostanza all'esito di un procedimento complesso che inerisce anche della tematica acustica.<sup>5</sup>

Il Tribunale ribadisce, poi, l'aggancio, inevitabile e decisivo, al principio del *petitum* sostanziale, identificato sulla scorta della *causa petendi*, sintomatica, a giudizio del giudicante, di una domanda sì caducatoria ed *ante causam*, ma avente ad oggetto una scelta discrezionale dell'amministrazione, la quale nel regolamentare il traffico aereo dell'aeroporto di Capodichino, è chiamata a valutare una pluralità di interessi (pubblici e privati).

Sgombrato il campo sull'esistenza di un esercizio del potere, poi, la pronuncia in esame si ferma a riflettere sul tema dei cd. Diritti resistenti a tutt'oltranza, in grado, secondo la ricostruzione della

5. Sull'esercizio dei poteri amministrativi in materia di rumore aeroportuale cfr. Cons. Stato, n. 5822/2004.

domanda attoriale, di sostenere la natura di diritto soggettivo inviolabile, necessitante cioè di una tutela *extra ordinem* che non possa affidarsi ai normali criteri alla base del riparto di giurisdizione, dovendo essi stessi essere devoluti alla cognizione e alla tutela del giudice ordinario.

## 5. Il superamento della teoria dei diritti indegradabili

È la concezione dei diritti fondamentali come diritti “resistenti a tutt’oltranza”, strumentale, nella ricostruzione degli attori, a radicare la giurisdizione nell’alveo del giudice ordinario, ad essere destrutturata dal Tribunale.

Il giudice, difatti, ricostruisce il *progressivo ripensamento* di dottrina e giurisprudenza alla teoria per cui determinati diritti, in ragione dei beni-interessi che tendono a presidiare, siano resistenti alle regole che disciplinano il riparto di giurisdizione.

La natura ‘fondamentale’ dei diritti *de quibus* non mina, infatti, il sistema dualistico, perché, come cristallizzato dal celebre arresto della Corte Costituzionale n. 140/2007, non esiste “*alcun principio o norma nel nostro ordinamento che riservi esclusivamente al giudice ordinario – escludendone il giudice amministrativo – la tutela dei diritti costituzionalmente protetti*”.<sup>6</sup>

L’assunto, che diviene l’architave intorno al quale è costruita la motivazione della pronuncia, trova fondamento anche dall’attuale conformazione del sistema di tutela giurisdizionale per come modificato dal d.lgs. n. 80 del 1998 (modificato la l. n. 205 del 200) che, come affermato anche dalla sentenza n. 27187 del 2007 della Cassazione a Sezioni Unite, riconosce g.a. anche a fronte di comportamenti meramente materiali della P.A., purché derivanti dall’espressione di un potere.

Una tesi, quella del superamento della teoria dei diritti indegradabili, fatta propria anche dal Consiglio di Stato,<sup>7</sup> nonché dall’orientamento oramai consolidato della Suprema Corte di Cassazione: sicché l’elemento decisivo per ricostruire la giurisdizione non è più rinvenibile nel parossismo nominalistico della distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, bensì nel suo antefatto logico fattuale, il comportamento della P.A., dovendosi indagare soltanto sulla riconducibilità dello stesso all’esercizio di poteri pubblici, anche mediato, ed il mero comportamento, che non trovi cioè connessione con alcun esercizio autoritativo.

6. Si veda, *ex multis*, L. RAPISARDA, *Nota A Corte Di Cassazione, Sezioni Unite Civili. Sentenza 25 novembre 2014, n. 25011 Diritti fondamentali e riparto di giurisdizione*, in *il diritto amministrativo*.it.

7. “Riconosciuta a quest’ultimo giudice, com’è doveroso per chiunque, ‘piena dignità di giudice’ e tenuto conto della compiuta effettività della sua tutela, organizzata positivamente come efficace e sollecita, non si vede la ragione perché le regole di discriminazione della giurisdizione debbano essere, a fronte dei diritti c.d. ‘a nucleo rigido’, di categoria, cioè, suscettibile di estensione ben oltre i casi esemplificati, né si comprende la sottesa, asserita pretesa di una minore incisività della giurisdizione amministrativa”, cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 12 del 22 ottobre 2007.

Il percorso argomentativo dell'arresto in esame poi indugia sulle conseguenze logico-giuridiche di tale assunto; in special modo, il Tribunale si interroga sulla possibilità per il g.a. di assicurare una tutela effettiva ed efficace ad un diritto di rango costituzionale.

La conformazione attuale del g.a. come giudice che può in tutto e per tutto assicurare tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo, non pone problemi su eventuali azioni risarcitorie,<sup>8</sup> né sulla eterogeneità dei poteri istruttori.

La tutela residuale, *extra ordinem* e, come detto, di cui al 700 c.p.c., nelle argomentazioni della sentenza, può trovare il proprio *alter ego* nel giudizio amministrativo con i procedimenti cautelari di cui agli artt 55 e ss. del c.p.a.

Di tal che *“non vi è quindi ormai più alcun profilo in virtù del quale possa ritenersi il g.a. un giudice “limitato” rispetto al g.o. e dunque strutturalmente incapace di conoscere e di apprestare una degna tutela ai diritti fondamentali dell'individuo”*.

8. Sulla pretesa risarcitoria nella giurisdizione esclusiva, a far data da Corte cost., 6 luglio 2004, n. 204 e 11 maggio 2006, n. 191, si veda tra gli altri B. SASSANI, *Costituzione e giurisdizione esclusiva: impressioni a caldo su una sentenza storica*, in *judicium.it*; C. DELLE DONNE, *Passato e futuro della giurisdizione esclusiva del GA nella sentenza della Consulta n. 204/2004: il ritorno al “nodo gordiano” diritti-interessi*, V. CERULLI IRELLI, *Giurisdizione esclusiva e azione risarcitoria nella sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004 (osservazioni a primissima lettura)*; B.G. MATTARELLA, *Il lessico amministrativo della Consulta e il rilievo costituzionale dell'attività amministrativa*; G. CHINÈ, *I nuovi confini delle giurisdizioni: quale futuro per la giurisdizione (esclusiva) del giudice amministrativo?*, in *Giur. it.*, 2005, p. 917 ss.



## Concessioni demaniali marittime: la Consulta si pronuncia sulla legge di stabilità della Regione Sicilia 2023-2025\*

Federica D'Andrea

Cultrice della materia in Diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi"

### Abstract

*State maritime concessions: The Italian Constitutional Court rules on the Region of Sicily's Stability Law 2023-2025.*

*The recent intervention of the Italian Constitutional Court regarding maritime public concessions has highlighted a crucial issue for the tourism and beach sectors concerning the balance between the economic stability of current operators and the need to ensure competition and market access. Extensions of concessions, while justified by the necessity to support the investments of existing operators, raise questions related to legality and transparency. In this context, it is essential to find solutions that can guarantee a balance between the needs for economic stability and the necessity of fair competition, which is not merely a legal matter but also has profound economic and social implications. For this reason, while on one hand, extensions can be seen as a necessary measure to preserve employment and economic stability in a crisis context, especially for small and medium-sized enterprises, on the other hand, such measures risk creating a monopoly or oligopoly situation, limiting opportunities for new operators and reducing the overall competitiveness of the market. This appears to be in contrast to the competition principles established by European legislations, which aim to promote a fair and accessible market. The Constitutional Court has contributed to an ongoing legal and political debate on how to manage public concessions, ensuring greater transparency, protecting already made investments, and simultaneously facilitating the entry of new operators into the relevant market. The challenge lies in identifying a management model for concessions that complies with European regulations and promotes a competitive but fair environment.*

\* Sottoposto a referaggio.

*Il recente intervento della Corte Costituzionale sulle concessioni demaniali marittime ha messo in luce una questione cruciale per il settore turistico e balneare riguardante l'equilibrio tra la stabilità economica degli attuali operatori e la necessità di garantire la concorrenza e l'accesso al mercato. Le proroghe delle concessioni, pur giustificate dalla necessità di sostenere gli investimenti degli operatori esistenti, sollevano interrogativi legati alla legalità e alla trasparenza. In questo contesto, è fondamentale individuare delle soluzioni che possano garantire l'equilibrio tra le esigenze di stabilità economica e la necessità di una concorrenza leale: si tratta di un problema che non rappresenta una mera questione giuridica, ma che ha anche profonde implicazioni economiche e sociali. Per questa ragione, se da un lato le proroghe possono essere viste come una misura necessaria per preservare l'occupazione e la stabilità economica in un contesto di crisi, specialmente per le piccole e medie imprese, dall'altro lato tali misure rischiano di creare una situazione di monopolio o oligopolio, limitando le opportunità per i nuovi operatori e riducendo la competitività complessiva del mercato. Ciò appare in contrasto con i principi di concorrenza stabiliti dalla normativa europea, che mira a promuovere un mercato equo e accessibile. La Corte Costituzionale ha contribuito a un dibattito giuridico e politico, già in atto, su come gestire le concessioni demaniali, in modo che si possa garantire una maggiore trasparenza, tutelare gli investimenti già effettuati e al contempo favorire l'ingresso di nuovi operatori nei mercati rilevanti. La sfida consiste nell'identificare un modello di gestione delle concessioni che rispetti le normative europee e che favorisca un ambiente competitivo ma giusto.*

*Key words: Rules of the Region of Sicily, Maritime State Concessions, Extension of expiring concessions – exclusive State competences, freedom of establishment, protection of competition, Constitutional illegitimacy.*

*Parole chiave: Norme della Regione Sicilia, Concessioni demaniali marittime, Proroga delle concessioni in scadenza, competenze esclusive dello Stato, libertà di stabilimento, tutela della concorrenza, Illegittimità costituzionale.*

**Sommario** –1. Analisi del caso – 2. L'annosa vicenda delle Concessioni demaniali marittime – 3. Rinnovo e proroga automatica in contrasto con i principi europolitani di libertà di stabilimento e tutela della concorrenza – 4. Diritto dell'Unione Europea: norme dotate di efficacia diretta, operatività dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione e conseguente illegittimità costituzionale delle norme, anche regionali, con esso incompatibili – 5. Focus sull'articolo 36 della legge Regione Siciliana n. 2 del 2023 – 6. Conclusioni.

## **1. Analisi del caso**

La Corte Costituzionale, con sentenza n. 109 del 26 giugno 2024, si pronuncia sul ricorso proposto dal Presidente del Consiglio dei Ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello

Stato, il quale verte su due principali questioni di legittimità costituzionale: la prima relativa all'articolo 36 della legge della Regione Siciliana 22 febbraio 2023 n. 2 (Legge di stabilità regionale 2023-2025) in materia di concessioni demaniali marittime; la seconda questione, invece, ha ad oggetto l'articolo 38 della medesima legge, in materia di parchi e riserve naturali.

La seconda questione di legittimità costituzionale, da ultimo analizzata dalla Corte, verte sull'art. 38 della legge reg. Siciliana n. 2 del 2023, che inserisce il nuovo comma 4-bis nell'art. 24 della legge reg. Siciliana n. 14 del 1988, consentendo, in tutto il territorio del parco, la realizzazione di opere finalizzate alla ricerca scientifica, anche in deroga alle disposizioni di vincolo dettate dallo statuto del parco. Tale previsione, secondo il ricorrente, violerebbe l'articolo 3 della Costituzione in quanto incoerente e ambigua e si porrebbe in contrasto con la previsione del vincolo ex lege di cui all'art. 142 cod. beni culturali, con conseguente travalicamento dei limiti cui deve sottostare l'autonomia del legislatore regionale siciliano.

In relazione all'impugnazione dell'art. 38 della legge Regione Siciliana n. 2 del 2023, la Corte ha dichiarato la cessazione della materia del contendere in considerazione dell'abrogazione della disposizione impugnata, avvenuta con l'articolo 15, comma 14, della legge reg. Siciliana n. 9 del 2023, dovendosi quindi escludere che essa abbia prodotto degli effetti lesivi non avendo avuto alcun tipo di applicazione.

Per tale ragione, oggetto di principale analisi è la prima questione di legittimità costituzionale. Viene, infatti, evidenziato dal ricorrente che l'articolo 36<sup>1</sup> della legge Regione Siciliana n. 2 del 2023, intervenendo in materia di concessioni demaniali marittime, proroga due termini già fissati da precedenti leggi regionali al 30 aprile 2023. In primo luogo viene prorogato il termine per la presentazione delle istanze di proroga di tali concessioni attualmente già in essere, dettato dall'art. 1 della legge Regione Siciliana n. 17 del 2021;<sup>2</sup> in secondo luogo, oggetto di proroga, è anche quello per la conferma, in forma telematica, dell'interesse all'utilizzazione del demanio marittimo, recato dall'art. 3 della legge Regione Siciliana n. 32 del 2020.<sup>3</sup>

1. L'art. 36 della legge 22 febbraio 2023, n. 2 (Legge di stabilità regionale 2023-2025) apporta delle Modifiche alle norme in materia di concessioni demaniali marittime e, in particolare, sostituisce le parole "31 agosto 2021" con le parole "30 aprile 2023".

2. Legge Regione Siciliana n. 17 del 2021, art. 1, sul termine per la presentazione delle istanze di proroga delle concessioni demaniali marittime: "1. *Atteso il protrarsi dell'emergenza epidemiologica da Covid-19, i soggetti pubblici e privati che non abbiano presentato richiesta di proroga delle concessioni demaniali marittime entro il termine di cui al comma 1 dell'articolo 1 della legge regionale 14 dicembre 2019, n. 24 e successive modificazioni possono presentare la stessa entro il 30 luglio 2021.*"

3. Legge reg. Siciliana n. 32 del 2020, art. 3 - Informatizzazione delle procedure per la richiesta di concessioni e autorizzazioni in materia di demanio marittimo - "1. *A decorrere dall'1 gennaio 2021, le nuove istanze per l'utilizzo del demanio marittimo, del mare territoriale, delle pertinenze demaniali marittime, nonché per modificare autorizzazioni esistenti o per richiedere, a qualunque titolo, autorizzazioni in materia di demanio marittimo, sono presentate al Dipartimento regionale dell'ambiente, esclusivamente per via telematica, attraverso il "Portale demanio marittimo".* 2. *Al fine di consentire la trattazione per via telematica, attraverso il "Portale demanio marittimo", di tutte le istanze per l'utilizzazione del demanio marittimo, del mare territoriale, delle pertinenze demaniali marit-*

A giudizio del Presidente del Consiglio dei ministri, il differimento dei termini previsto dalla disposizione in esame avrebbe, quindi, determinato la violazione dell'art. 117, primo comma, Costituzione, in relazione alle previsioni *self-executing* dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. In particolare, tali proroghe avrebbero "corroborato" il rinnovo, senza gara, delle concessioni delle aree demaniali della Regione Siciliana "fino alla data del 31 dicembre 2033", contrastando con il divieto di rinnovo automatico delle concessioni, da ultimo ribadito dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e introducendo un ostacolo alla piena applicazione, nell'ordinamento interno, della normativa dell'Unione.

Nonostante il differimento del termine disposto dalla norma impugnata non si riferisca direttamente alla proroga delle concessioni demaniali, bensì alla presentazione dell'istanza di proroga del titolo da parte del titolare in scadenza, la rinnovazione (anche solo di quest'ultima possibilità) finisce con l'incidere sul regime di durata dei rapporti in corso. La disposizione impugnata dal Governo, quindi, incide sul regime di durata dei rapporti in corso, perpetuandone il mantenimento e rafforza, in contrasto con i principi del diritto UE sulla concorrenza, la barriera in entrata per nuovi operatori economici potenzialmente interessati alla utilizzazione, a fini imprenditoriali, delle aree del demanio marittimo.

Per tali ragioni la Corte ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 117, primo comma, Costituzione, l'art. 36 della legge reg. Siciliana n. 2 del 2023, in relazione alle previsioni interposte dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. In particolare, il rinnovo o la proroga automatica delle concessioni del demanio marittimo viola l'art. 117, primo comma, Cost., per contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione in tema di libertà di stabilimento e di tutela della concorrenza, dal momento che altri operatori non avrebbero la possibilità, alla scadenza della concessione, di concorrere per la gestione se non nel caso in cui il vecchio gestore non chieda la proroga o la chieda senza un valido programma di investimenti.<sup>4</sup>

*time, nonché per modificare autorizzazioni esistenti o per richiedere, a qualunque titolo, autorizzazioni in materia di demanio marittimo, già presentate all'amministrazione regionale entro il 31 dicembre 2020, i richiedenti provvedono a confermare l'interesse attraverso il medesimo portale entro il 30 giugno 2021*".

4. Cfr. il par. 2.2. della sentenza in esame, nella parte in cui si richiamano le sentenze del Consiglio di Stato, sezione sesta, del 28 agosto 2023, n. 7992, e del 1° marzo 2023, n. 2192, in Giustizia-amministrativa.it, oltre che la sentenza del 20 aprile 2023 della Corte di Giustizia UE, in causa C-348/22. Le due sentenze del Consiglio di Stato del 2023 citate nella pronuncia oggetto di esame, nell'enunciare il medesimo principio di diritto, statuiscono in tal senso: "Una previsione di proroga *ex lege* delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo (...) si pone in frontale contrasto con la sopra richiamata disciplina di cui all'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, e va, conseguentemente, disapplicata da qualunque organo dello Stato". La sesta sezione, pertanto, ribadisce il contrasto con l'ordinamento eurounitario delle disposizioni che prevedono la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime ad uso turistico ricreativo. Anche la Corte di Giustizia, ponendosi in linea di continuità con la precedente sentenza del 14 luglio 2016, Promoimpresa e a., C 458/14 e C 67/15, afferma la contraddittorietà della Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, della disciplina nazionale italiana che proroga automaticamente le concessioni demaniali marittime. Nella pronuncia oggetto di

## 2. L'annosa vicenda delle Concessioni demaniali marittime

La prima questione di legittimità costituzionale, su cui maggiormente si concentra la Corte Costituzionale nella pronuncia in esame, attiene certamente allo sviluppo normativo intenso e multilivello, delle concessioni demaniali marittime, che è da sempre oggetto di un acceso dibattito giurisprudenziale. Tale settore occupa una posizione peculiare, in quanto il panorama normativo è frammentario ed esige un intervento legislativo volto a unificare la materia in questione. In generale, le tematiche più dibattute attengono alla durata delle concessioni, al loro rinnovo e alla necessità di ricorrere a una procedura di gara. Tuttavia, l'aspetto più spinoso e maggiormente problematico nella sentenza della Corte Costituzionale in esame verte sulla constatazione per cui, secondo costante giurisprudenza costituzionale, “la disciplina delle concessioni su beni demaniali marittimi investe diversi ambiti materiali, attribuiti alla competenza sia statale sia regionale”.<sup>5</sup> È un tema, quindi, che coinvolge più ordinamenti: statuale, regionale ed europeo e, di conseguenza, che tocca più fonti di diritto, tra cui certamente il cuore della Costituzione.

Per tale ragione, nell'analizzare l'iter che ha condotto a un sistema colmo di incertezze normative, la cui patologia si cela dietro scelte di stampo politico-economico e “alimentate da pressioni di

nota, si evidenzia che “La Corte di Lussemburgo, in particolare, ha ricordato che l'art. 12, paragrafi 1 e 2, della direttiva 2006/123/CE impone agli Stati membri, in termini incondizionati e sufficientemente precisi, l'obbligo di applicare una procedura di selezione imparziale e trasparente tra i candidati potenziali e vieta di rinnovare automaticamente un'autorizzazione rilasciata per una determinata attività”.

Per completezza, si richiamano i precedenti giurisprudenziali maggiormente rilevanti: sent. della Corte cost. del 9 novembre 2020, n. 233 in materia di concessioni per lo sfruttamento di acque minerali e termali e analisi delle procedure della regione Basilicata rispetto alle regole sulla concorrenza; Sentenza della Corte Cost., del 9 gennaio 2019, n. 1: “Sono costituzionalmente illegittimi l'art. 2, commi 2, 1 e 3, e l'art. 4, comma 1, della legge della Regione Liguria 10 novembre 2017, n. 26, per contrasto con l'art. 117, comma 2, lett. e), Cost., nella parte in cui hanno rispettivamente stabilito la proroga per 30 anni delle concessioni di beni demaniali marittimi con finalità turistico ricreative già esistenti nonché la durata delle nuove concessioni per un tempo non inferiore a 20 anni e non superiore a 30, poiché il tema della proroga e della durata delle concessioni attiene alla materia della concorrenza, la cui disciplina è riservata alla competenza esclusiva del legislatore statale”; da ultimo, sent. Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180 che dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 1 della L.R. 23 luglio 2009, n. 8, regione Emilia-Romagna, in quanto determina una disparità di trattamento tra gli operatori economici proprio a causa del medesimo automatismo alla scadenza della concessione.

5. Sentenza della Corte cost. n. 222 del 23 ottobre 2020: “Le norme che stabiliscono i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni demaniali marittime sono riconducibili alla competenza esclusiva statale di cui all'art. 117, secondo comma, lett. e), Cost., ed «in siffatta competenza esclusiva, le pur concorrenti competenze regionali trovano così un limite insuperabile» [...]. Il fatto, poi, che la stessa normativa dell'Unione europea consenta ai legislatori nazionali di adottare garanzie per l'ammortamento degli investimenti effettuati dal gestore uscente non permette, in sé solo, alle Regioni di alterare le modalità con cui il legislatore statale, nell'ambito della sua competenza esclusiva, ha inteso dare attuazione a detta prerogativa; né alla Regione è consentito di intervenire quando il legislatore non si sia avvalso di questa possibilità, tenuto conto che, ai fini di tale attuazione, assume rilievo il riparto costituzionale delle competenze (art. 117, quinto comma, Cost.)”.

categoria interessate a non mutare l'attuale assetto di equilibri che alterano il sistema normativo e le garanzie di certezza del diritto",<sup>6</sup> è opportuno ripercorrere l'intero scenario di leggi e decreti di proroga in materia di concessioni balneari oggetto di dibattiti giurisprudenziali, a garanzia dei principi di libertà di stabilimento previsti a livello sovranazionale. Si deve dare conto non soltanto degli interventi normativi susseguitosi a livello nazionale, ma anche delle disposizioni vigenti nella Regione Siciliana.

Nonostante il dibattito vada avanti ormai da quindici anni, ancora oggi si assiste a un processo di rinvio attraverso proroghe, riconducibile a un atteggiamento del legislatore affetto da quella che la migliore dottrina definisce "sindrome da c.d. procrastinazione seriale".<sup>7</sup>

In linea generale, però, occorre preliminarmente soffermarsi su taluni aspetti inerenti agli istituti in esame. È bene precisare, infatti, che negli ultimi anni si è registrato il passaggio da una nozione soggettiva di bene pubblico, basata su una proprietà formale, a una oggettiva di "bene a destinazione pubblica", che fotografa una proprietà sostanziale, funzionale e teleologica. Si staglia, così, all'orizzonte, il concetto innovativo e impalpabile di proprietà diffusa avente a oggetto "common goods" a fruizione indifferenziata, necessari per l'esplicazione dei diritti inviolabili dell'individuo ex art. 2 Cost (cd. "common goods": caso "Valli da pesca").<sup>8</sup>

Nel corso dei secoli, in particolare, con il termine "demanio" si sono identificati vari tipi di beni aventi, quale connotato comune, l'appartenenza a soggetti pubblici. In particolare, da sempre appartengono al demanio quei beni necessariamente "a uso pubblico"<sup>9</sup> e, solo con il codice del 1942, si puntualizzano e delimitano i margini dei beni c.d. demaniali. Oggi, ai sensi dell'articolo 822 comma 1 c.c., è prevista una compiuta definizione della categoria del demanio marittimo, costituita dal "*lido del mare, la spiaggia, le strade e i porti; i fiumi, i torrenti, i laghi e le altre acque definite pubbliche dalle leggi in materia le opere destinate alla difesa nazionale*" che compongono il demanio idrico e militare, e anche "*le strade, le autostrade e le strade ferrate; gli aerodromi; gli acquedotti; gli immobili riconosciuti d'interesse storico, archeologico e artistico a norma delle leggi in materia; le raccolte dei musei, delle pinacoteche, degli archivi, delle biblioteche; e infine gli altri beni che sono dalla legge assoggettati al regime proprio del demanio pubblico*". I beni del demanio marittimo, pertanto, sono stati inseriti all'interno di una generale categoria del demanio. Tale delimitazione dei beni demaniali marittimi e l'individuazione della loro rilevanza giuridica dal

6. Commento alla normativa di A. MARTINO, *Le concessioni balneari: tra (in)certezza del diritto e arte del procrastinare*, in *Urbanistica e appalti*, n. 4/2024, p. 441.

7. A. MARTINO, *Le concessioni balneari*, cit.

8. Cass. Sez. Un. del 18 febbraio 2011 n. 3937 sulle valli da pesca.

9. Si veda G. DI GIANDOMENICO, *Consistenza, identificazione e gestione del demanio marittimo*, in *Regioni e demanio marittimo*, Milano, 1999, p. 74: I porti, i fiumi, le rive, il lido del mare, la spiaggia venivano annoverati dal diritto romano tra i beni c.d. demaniali. Successivamente, anche il Code Napoléon inseriva all'interno del demanio pubblico tali beni, ai sensi dell'art. 538. Si rileva infine che storicamente, anche il codice italiano del 1865 distingueva, all'art. 427, il demanio pubblico dai beni patrimoniali, ricomprendendo nel demanio pubblico il lido, i porti, le spiagge ecc.

punto di vista oggettivo, è stata, però, resa possibile dalla definizione contenuta nel Codice della navigazione e, in particolare, agli artt. 36 e 37 del R.D. 30 marzo 1942, n. 327.<sup>10</sup>

### 3. Rinnovo e proroga automatica in contrasto con i principi eurounitari di libertà di stabilimento e tutela della concorrenza

I principali profili di criticità emergono, man mano, a causa dello scontro tra la normativa italiana e la “nuova Costituzione economica europea” e, in particolare, in considerazione dei vincoli imposti dai principi comunitari di tutela della libertà di circolazione dei servizi, di cui all’articolo 49 TFUE sulla libertà di stabilimento.<sup>11</sup>

L’idea di fondo da cui occorre partire è il principio per cui, secondo la Corte di Giustizia, allorché uno Stato intenda stabilire, attraverso un atto, le condizioni cui subordinare l’esercizio di una attività economica, esso deve necessariamente sottostare ai fondamentali principi del Trattato, fra cui quello di adottare delle procedure di concessione di beni o servizi economici trasparenti, idonei a garantire una parità di trattamento fra i diversi operatori.<sup>12</sup> Infatti, “da tempo, la giurisprudenza europea (come pure quella nazionale) ha chiarito che i principi posti dal Trattato sul funzionamento dell’Unione europea sono di applicazione generale, tali da dover essere osservati in relazione a qualsiasi tipologia contrattuale. Pertanto, non solo per quanto riguarda gli appalti di lavori, servizi e forniture (che sono disciplinati in modo specifico dalla Dir. N. 2014/23/UE), ma anche per le concessioni di beni pubblici di rilevanza economica, nonché per le concessioni di appalti e servizi sotto soglia comunitaria, i predetti principi devono trovare concreta e diretta applicazione”.<sup>13</sup>

10. Art. 37, ora abrogato, e art. 36 del R.D. 30 marzo 1942, n. 327, secondo cui: “L’amministrazione marittima, compatibilmente con le esigenze del pubblico uso, può concedere l’occupazione e l’uso, anche esclusivo, di beni demaniali e di zone di mare territoriale per un determinato periodo di tempo”.

11. Il diritto di stabilimento, di cui all’articolo 49 TFUE comma 2, rappresenta una delle quattro libertà garantite sul piano europeo (libera circolazione delle persone, delle merci, dei capitali e dei servizi), e “importa l’accesso alle attività autonome e al loro esercizio, nonché la costituzione e la gestione di imprese e in particolare di società ai sensi dell’articolo 54, secondo comma, alle condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento nei confronti dei propri cittadini, fatte salve le disposizioni del capo relativo ai capitali”.

12. Tale principio è stato scolpito dalle note sentenze Teleaustria e Telefonadress, sentenza del 7 dicembre 2000, C-324/98, Telaustria e Telefonadress, punto 60, in *Corr. giur.*, 2001, 489, con nota di FERRONI, in *Urbanistica e appalti*, 2001, 487, con nota di LEGGIADRO, ed in *Riv. it. dir. pubbl comunitario*, 2000, p. 1419, con nota di GRECO, in cui si evidenzia che “le concessioni di servizio pubblico devono essere assegnate previo rispetto dei principi fondamentali del TFUE, in generale, e del principio di non discriminazione sulla base della nazionalità”.

13. Per ogni ulteriore approfondimento in merito, si veda G. BELLITTI, *La Direttiva Bolkestein e le concessioni demaniali marittime, lacuali e fluviali*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1/2017, p. 61 “l’ordinamento comunitario sia abbastanza indifferente al *nomen iuris* assegnato dalle norme nazionali alle diverse tipologie o alle singole fattispecie”.

Quanto ai beni pubblici, occorre brevemente soffermarsi sulla loro disciplina, la quale risiede principalmente nel codice civile e, in particolare, agli artt. 822-831 del codice civile. Secondo una classificazione ancora oggi di-

Solo con l'articolo 12 della direttiva 2006/123/CE, c.d. "direttiva servizi", relativa ai servizi del mercato interno (più precisamente ai commerci) delle attività economiche del mercato europeo, meglio conosciuta come "direttiva Bolkestein", sono stati promossi i vincoli derivanti dai principi comunitari di tutela della concorrenza e di libertà di stabilimento.<sup>14</sup> Rispetto alle norme nazionali che autorizzavano proroghe legislative automatiche e, di conseguenza, una automatica estensione delle concessioni demaniali, tale direttiva ha avuto un effetto dirompente in quanto di ostacolo a tale automatismo. Proprio in considerazione dell'insufficienza dei mezzi e in virtù della "scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche disponibili", si è così prevista l'obbligatorietà di procedure di selezione sufficientemente pubblicizzate, idonee a garantire l'imparzialità, la trasparenza e la pubblicità delle procedure di concessione, da cui ne deriva il conseguente divieto di rinnovo automatico o di preferenze riservate ai precedenti titolari.<sup>15</sup>

battuta, i beni pubblici sono divisi in tre categorie: beni demaniali, beni patrimoniali indispensabili e beni patrimoniali disponibili. La dottrina più accreditata (si fa richiamo alla distinzione tracciata da V. CERULLI IRELLI, *Beni pubblici e diritti collettivi*, Padova, 1983, pp. 206 ss.), proprio a causa dell'insoddisfacente classificazione dei beni pubblici del codice civile, col tempo ha avanzato nuove e diverse classificazioni, fra cui quella basata sulla distinzione tra beni d'uso collettivo e beni di uso amministrativo a seconda che siano utilizzati dalla collettività o che siano a servizio della pubblica amministrazione. Altra distinzione proposta in dottrina è quella che riguarda l'origine materiale dei beni, e quindi la distinzione fra beni pubblici naturali e artificiali, secondo cui solo i primi sono beni demaniali e del patrimonio indisponibile (poiché traggono dalla natura la loro rilevanza pubblicistica) mentre i secondi sono i beni destinati dalla pubblica amministrazione alla realizzazione di interessi pubblici. Sulla scissione fra proprietà formale e proprietà sostanziale del bene pubblico si veda anche V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), 2013; M. RENNA, *La regolazione amministrativa dei beni a destinazione pubblica*, Milano 2004; V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino 2019, pp. 241-249; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *I beni pubblici tra crisi finanziaria e risorse di gestione*, in M. Pennasilico (a cura di), *Scritti in onore di Lelio Barbiera*, Napoli 2012, pp. 265-76; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Beni pubblici e d'interesse pubblico*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO (a cura di), *Diritto amministrativo, Parte speciale e giustizia amministrativa*, Bologna, 1993, pp. 179-249; M. RENNA, *Beni pubblici*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 2022, pp. 149-181.

14. Art. 12 della Dir. n. 2006/123: "1. Qualora il numero di autorizzazioni disponibili per una determinata attività sia limitato per via della scarsità delle risorse naturali o delle capacità tecniche utilizzabili, gli stati membri applicano una procedura di selezione tra i candidati potenziali, che presenti garanzie di imparzialità e trasparenza e preveda, in particolare, un'adeguata pubblicità dell'avvio della procedura e del suo svolgimento e completamento. 2. Nei casi di cui al paragrafo 1 l'autorizzazione è rilasciata per una durata limitata adeguata e non può prevedere la procedura di rinnovo automatico né accordare altri vantaggi al prestatore uscente o a persone che con tale prestatore abbiano particolari legami. 3. Fatti salvi il paragrafo 1 e gli articoli 9 e 10, gli Stati membri possono tener conto, nello stabilire le regole della procedura di selezione, di considerazioni di salute pubblica, di obiettivi di politica sociale, della salute e della sicurezza dei lavoratori dipendenti ed autonomi, della protezione dell'ambiente, della salvaguardia del patrimonio culturale e di altri motivi imperativi d'interesse generale conformi al diritto (dell'Unione)".

15. Si veda G. BELLITTI, *La Direttiva Bolkestein*, cit.

La concessione amministrativa, infatti, rappresenta il principale strumento volto a trasferire il diritto di uso del bene in capo al privato e, laddove il bene oggetto di concessione abbia rilevanza economica, è notoriamente soggetto – secondo pacifica giurisprudenza – ai generali principi di tutela della concorrenza, quali quelli di pubblicità, trasparenza, non discriminazione e par condicio. Per tali ragioni, allorquando l'Amministrazione intenda rilasciare o rinnovare una concessione demaniale, ha l'onere di porre in essere una gara, secondo i generali principi di evidenza pubblica.<sup>16</sup>

A seguito della direttiva, il legislatore nazionale, prefigurando una riforma della materia nel rispetto dei principi europei (riforma, peraltro, mai attuata), interveniva a più riprese sulle concessioni demaniali marittime prevedendo numerose proroghe delle concessioni stesse,<sup>17</sup> inducendo la Commissione europea ad aprire una procedura di infrazione nel 2009.<sup>18</sup>

#### **4. Diritto dell'Unione Europea: norme dotate di efficacia diretta, operatività dell'articolo 117, primo comma, della Costituzione e conseguente illegittimità costituzionale delle norme, anche regionali, con esso incompatibili**

Questo “dialogo” tra giudici, più specificatamente tra giudice nazionale ed europeo (e non più tra legge europea e legge nazionale), porta a una richiesta di intervento della Corte di Giustizia, che per la prima volta si pronuncia con la nota sentenza “Promoimpresa” del 2016, con cui si ritiene incompatibile il regime di proroga automatica con l'ordinamento dell'Unione europea.<sup>19</sup>

16. Sempre utile il richiamo R. CHIEPPA, R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2024, pp. 476, 477 sui beni pubblici.

17. Una al 31 dicembre 2015, una successiva al 31 dicembre 2020 e, infine, una fissata con la legge finanziaria 2019, prevista per il 31 dicembre 2033, Cfr. E. FURNO, *Le concessioni demaniali marittime*, in *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Vol. II, Napoli, 2023, p. 18.

18. Corte cost., sent. 9 gennaio 2019, n. 1: “*Risale al febbraio 2009 l'avvio, da parte della Commissione europea, di una procedura di infrazione (n. 2008/4908) contro l'Italia in ragione del ritenuto regime preferenziale riservato al concessionario uscente quanto al meccanismo di attribuzione delle concessioni demaniali marittime, come regolato dall'art. 37 del R.D. 30 marzo 1942, n. 327 (codice della navigazione) e dall'art. 01, comma 2, del D.L. 5 ottobre 1993, n. 400 (Disposizioni per la determinazione dei canoni relativi a concessioni demaniali marittime), convertito, con modificazioni, dalla L. 4 dicembre 1993, n. 494, rispettivamente prevedenti il cosiddetto diritto di insistenza di quel concessionario e il rinnovo automatico delle concessioni sessennali. Tale procedura d'infrazione – attivata dapprima in base all'art. 43 del Trattato CE (ora art. 49 del TFUE) e continuata anche in forza dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE, cosiddetta “direttiva Bolkestein” o “direttiva servizi” – si concluse a seguito dell'emanazione dell'art. 11 della L. 15 dicembre 2011, n. 217 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 2010), che eliminò ogni rinvio al regime del rinnovo automatico delle concessioni”.*

19. Corte di Giustizia, Sentenza del 14/07/2016, Promoimpresa e M. Melis e a., in tema di concessione di aree demaniali marittime ai sensi della Dir. 2006/123/CE.

Si sancisce, così, il principio di diritto in forza del quale per le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative vi è l'obbligo di gara, che è imposto non solo dall'articolo 12 della direttiva del 2006, la c.d. direttiva Bolkestein, ma anche dall'articolo 49 del Trattato, venendo in considerazione dei beni che presentano un interesse transfrontaliero certo. I punti fermi sanciti con la sentenza in oggetto sono anzitutto che le concessioni sono autorizzazioni, ai sensi della direttiva sopra citata, perché si tratta di atti formali che i prestatori devono ottenere dalle autorità nazionali ai fini di poter esercitare l'attività economica. Inoltre, tali concessioni devono riguardare delle risorse naturali scarse e spetta al giudice nazionale valutare la scarsità delle stesse pertanto, essendo il demanio in oggetto un bene naturale scarso, strumentale allo svolgimento di attività economiche, rientra nell'articolo 12 della direttiva, la quale si applica anche se manca un interesse transfrontaliero certo.

Sul punto, però, furono sollevate diverse obiezioni, soprattutto dalla dottrina più diffidente, che oltre a ritenere mancante il requisito della scarsità della risorsa (il cui accertamento era stato demandato dalla Corte di Giustizia al Giudice nazionale), escludeva la possibilità di far rientrare le concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative nella nozione di autorizzazione di servizi e, di conseguenza, nell'ambito applicativo di cui all'articolo 12 della direttiva Bolkestein. Il legislatore nazionale, pertanto, non riuscendosi a conformare ai principi eurounitari ma, anzi, continuando a prorogare i termini, ha permesso che si determinasse un grave disallineamento tra diritto interno e diritto europeo, nonché un vero e proprio conflitto tra la disciplina interna e le norme dell'Unione Europea. La mancanza di regole che imponessero lo svolgimento di procedure a evidenza pubblica e la vischiosità delle questioni per troppo tempo dibattute, ha per lungo tempo paralizzato l'adozione di decisioni innovative in tale ambito assai strategico, avallando la prosecuzione delle concessioni. Così il legislatore nazionale ha finito col rallentare e posticipare una già annunciata riforma della disciplina della materia.<sup>20</sup>

Il principio di diritto così sancito dalla Corte di Giustizia solo di recente, è stato poi ribadito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nelle note sentenze gemelle nn. 17 e 18 del 9 novembre 2021 del Consiglio di Stato, volte a porre un punto definitivo alla questione e a superare i numerosi dubbi dottrinali e le critiche sollevate, confutandole una per una. In particolare, la Plenaria riconosce la sussistenza di un interesse transfrontaliero certo, e cioè la capacità di una commessa pubblica (in questo caso di un appalto o di una concessione di servizi di lavoro o fornitura), o di un'opportunità di guadagno offerta dall'amministrazione,<sup>21</sup> e riconosce anche la scarsità delle ri-

20. B. DE MARIA, *L'incertezza nella regolamentazione dei rapporti di concessione dei beni*, in *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Napoli, 2023, pp. 52 e 53.

21. Il complesso di beni demaniali, se valutati unitariamente e complessivamente (le coste dell'Italia) costituiscono uno dei patrimoni naturalistici, in termini di coste, laghi e fiumi e connesse aree marittime, più rinomate e attrattive al mondo di un valore stimato intorno a 15 miliardi di euro. Inoltre, altra ragione per l'interesse transfrontaliero è che con le sub-concessioni si può addirittura aumentare questo vantaggio rispetto al canone concessorio di base.

sorse con la conseguente necessità di non applicare o disapplicare la legge nazionale da parte del giudice interno e della Pubblica Amministrazione.<sup>22</sup>

L'importanza delle pronunce in esame risiede nell'impatto sistemico della questione. L'Adunanza Plenaria, a cui sono stati deferiti i due ricorsi in appello pendenti dinanzi a sezioni diverse e aventi entrambi ad oggetto la questione della proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreativa, nel ribadire la necessità delle procedure ad evidenza pubblica per l'assegnazione delle aree demaniali, in primo luogo dichiara il contrasto delle norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE.<sup>23</sup> In secondo luogo, escludono la sussistenza di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo agli attuali concessionari, non venendo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della Pubblica Amministrazione.<sup>24</sup> Infine, per evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni in essere, si deve quindi tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.<sup>25 26</sup>.

22. Tali risorse, infatti, secondo l'Adunanza Plenaria, sono scarse in quanto la parte messa a concessione e non prorogata non consiste nella totalità delle coste italiane. Infatti, la parte che verrebbe messa a mercato è talmente scarsa che impone l'applicazione dell'art. 12 della Direttiva Bolkestein. A tal proposito la Plenaria osserva che i dati del demanio marittimo rivelano che quasi il 50% delle coste sabbiose è già occupato da stabilimenti balneari, con picchi che in alcune regioni raggiungono il 70%. Per tale ragione vi è pochissimo spazio vuoto e, per di più, la costa libera, il 30% residuo, risulta spesso non fruibile per finalità turistico ricreative e, di conseguenza, la risorsa del bene contendibile è scarsa. Peraltro, in molte ragioni è previsto un limite quantitativo massimo di costa che può essere oggetto di concessioni che coincide con la percentuale di costa già assegnata. Pertanto la risorsa è, in termini relativi, scarsa.

23. Compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34/2020, convertito in legge n. 77/2020.

24. Questo in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legiferato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata. La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi *tamquam non esset*, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto.

25. Tale tema è stato oggetto di un attento studio da parte di M.A. SANDULLI, *Introduzione al numero speciale sulle "concessioni balneari" alla luce delle sentenze nn. 17 e 18 del 2021 dell'Adunanza Plenaria*, in *Diritto e Società*, n. 3/2021.

26. Solo di recente le Sezioni Unite, con la nota sentenza n. 32559 del 23 novembre 2023, hanno annullato la sen-

Le due sentenze dell'Adunanza Plenaria, però, si sono rivelate deboli in considerazione del seguito normativo e giudiziale. Infatti, a valle di tali decisioni, il legislatore nazionale ha approvato la legge annuale della concorrenza che, con l'art. 3 della legge n. 118 del 2022, con cui sono stati abrogati i commi 682 e 683 dell'art. 1 della legge n. 145 del 2018 (comma 5), si è contestualmente stabilito che le concessioni demaniali *de quibus* continuano ad avere efficacia fino al 31 dicembre 2023 (comma 1). Solo in presenza di ragioni oggettive, tali da impedire la conclusione delle procedure di gara entro tale data, il legislatore ha acconsentito ad un ulteriore differimento del termine di scadenza delle concessioni, per il tempo strettamente necessario e, comunque, non oltre il 31 dicembre 2024 (comma 3). Nell'approssimarsi della scadenza, l'art. 12, comma 6-sexies, del decreto-legge 29 dicembre 2022, n. 198 (Disposizioni urgenti in materia di termini legislativi), come introdotto dalla legge di conversione 24 febbraio 2023, n. 14, ha fissato il termine ultimo al 31 dicembre 2024, e l'art. 10-quater, comma 3, ha spostato al 31 dicembre 2025 l'ulteriore possibilità di differimento in caso di oggettive ragioni tali da impedire la conclusione tempestiva delle procedure selettive.

Inoltre, paradigmatica in tal senso, è la posizione assunta dal TAR Lecce del 2022 n. 743<sup>27</sup> che non condivide l'orientamento sposato dall'Adunanza Plenaria “*che qualifica la direttiva Bolkestein come di liberalizzazione e non di armonizzazione*” e che, per questa ragione, solleva un nuovo rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea. La complessità della vicenda

tenza dell'Adunanza Plenaria n. 18 del 2021 (la sola a essere impugnata), sul controllo giurisdizionale sulle sentenze del Consiglio di Stato, con cui si ammette il sindacato dell'eccesso di potere giurisdizionale sulle sentenze del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 111, comma 8, della Costituzione. In particolare, la Suprema Corte ha affermato l'ammissibilità del ricorso per Cassazione avverso la sentenza con la quale il Consiglio di Stato, estromettendo dal giudizio dinanzi a sé gli enti esponenziali titolari di interessi legittimi collettivi incisi dal provvedimento amministrativo impugnato in prime cure, preclude ad essi la tutela giurisdizionale di loro posizioni giuridiche sostanziali qualificate. Nel caso di specie la S.C. cassa con rinvio la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 18 del 2021 chiamata a pronunciarsi sulla proroga delle concessioni balneari marittime, che aveva dichiarato inammissibile l'intervento delle associazioni di categoria e della Regione Abruzzo, concretizzando così un'ipotesi di rifiuto di giurisdizione. La Cassazione, andando di contrario avviso rispetto a quanto affermato dalla Corte Costituzionale con la sentenza del 18 gennaio 2018, n. 6 (secondo cui in Cassazione si può impugnare una sentenza del Consiglio di Stato solo per motivi di giurisdizione strettamente intesi, tra cui non rientra la denegata giustizia), afferma un nuovo principio di diritto. In particolare, in forza del nuovo dettato, la sentenza mediante la quale l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., enuncia principi di diritto, pur senza definire la controversia e rimettendone la decisione alla sezione semplice, è impugnabile per cassazione ai sensi dell'art. 111, comma 8, Cost., sia perché tale garanzia processuale riguarda ogni atto giurisdizionale avente forma di sentenza, a prescindere dalla sua attitudine al giudicato in senso sostanziale; sia perché la sentenza emessa dall'Adunanza Plenaria, anche quando non definisce la controversia ed enuncia solo principi di diritto, costituisce un vincolo processuale interno nei confronti delle sezioni semplici (tenute ad uniformarsi), oltre che esterno nei confronti degli altri giudici amministrativi, in considerazione del suo valore nomofilattico.

In senso critico si veda A. TRAVI, in *Foro it.*, 2024, I, pp. 181 ss. e S. SPUNTARELLI, *Forma di sentenza e ricorribilità in Cassazione per motivi inerenti alla giurisdizione*, in *Ceridap*, n. 1/2024, pp. 136 ss.

27. TAR Puglia, Lecce, ordinanza n. 743 dell'11 maggio 2022.

giurisprudenziale è sintomo di una grave lacuna legislativa, che spesso ed erroneamente viene colmata dall'operato dei giudici. Infatti, *“Il tentativo di supplire al vuoto legislativo da parte dei giudici si scontra con l'assenza nel loro strumentario di poteri idonei a sostituire la parte innovativa della disciplina mancante”*; i giudici, talvolta, alimentano il fenomeno della c.d. *“giurisprudenza creativa”*, mediante l'introduzione di un nuovo diritto, figlio di disapplicazione o innovazione del diritto vigente.<sup>28</sup>

### 5. Focus sull'articolo 36 della legge Regione Siciliana n. 2 del 2023

Nel caso di specie, la questione di illegittimità costituzionale attiene alla disposizione della Regione Siciliana che posticipa ulteriormente al 30 aprile 2023 i termini per la presentazione delle istanze di proroga delle concessioni già in essere. Come già rilevato nella parte introduttiva, nonostante il differimento del termine disposto dalla norma impugnata non si riferisca alla vera e propria proroga delle concessioni demaniali ma alla presentazione, da parte del titolare in scadenza, dell'istanza di proroga del titolo, secondo la Corte Costituzionale *“la rinnovazione anche solo di quest'ultima possibilità finisce con l'incidere sul regime di durata dei rapporti in corso, perpetuandone il mantenimento”*. Pertanto la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 36 della legge reg. Siciliana n. 2 del 2023, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in relazione alle previsioni interposte dell'art. 12 della direttiva 2006/123/CE. Il principio di diritto sancito, infatti, dispone che *“Nei giudizi di legittimità costituzionale in via principale, le norme dell'Unione europea munite di efficacia diretta rendono concretamente operativo il parametro costituito dall'art. 117, primo comma, Cost. aprendo, così, la strada alla declaratoria di illegittimità costituzionale delle norme, anche regionali, che, rispetto alle prime, siano giudicate incompatibili con il diritto unionale”* aderendo a un orientamento già accolto in precedenza dalla medesima Corte.<sup>29</sup>

L'illegittimità, infatti, non è altro che frutto del contrasto con i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario in tema di diritto di stabilimento e di tutela della concorrenza. Infatti, la norma regionale di cui all'art. 36 della legge reg. Siciliana n. 2 del 2023, prevede un diritto di proroga in favore del soggetto già possessore della concessione, consentendone il rinnovo automatico che determina ciò che da tempo si cerca di evitare e, cioè, la disparità di trattamento tra gli operatori economici.

28. B. DE MARIA, *L'incertezza nella regolamentazione dei rapporti di concessione dei beni*, in *Governo e gestione delle concessioni demaniali marittime*, Napoli, 2023, p. 70; S. SPINELLI, *Re giudice o re legislatore? Sul conflitto di attribuzioni tra potere legislativo e giurisdizionale*, vol. 38, n. 3, 2009, p. 1488.

29. Per completezza, si veda Corte cost., sentenza 12 aprile 2012, n. 86; Corte cost., sentenza 15 aprile 2008, n. 102; Corte cost., sentenza 24 ottobre 2007, n. 348.

## 6. Conclusioni

Nonostante, in apparenza, sembrerebbero ormai acquisiti sia il principio di illegittimità dell'automatismo di ulteriori proroghe delle concessioni balneari marittime, sia la regola di ricorrere necessariamente alla indizione di apposite procedure competitive di gara, ancora oggi lo scenario giuridico attuale è del tutto incerto e frammentato.

La stessa giurisprudenza, mutevole e contraddittoria, evidenzia la crisi, ancora in atto, delle categorie in esame, oltre che l'inattendibilità delle "promesse" legislative (oramai meri auspici) di intervenire attraverso una adeguata riforma, volta non solo a valorizzare i beni demaniali marittimi, ma prima ancora a salvaguardare gli interessi dei cittadini.

Il dialogo tra giudici nazionali e giudici europei ha sortito l'unico effetto di tamponare l'inerzia del legislatore, unico vero responsabile del fenomeno delle concessioni c.d. "perpetue", tuttora irrisolta. Ciò che la migliore dottrina definisce "una situazione di scontro frontale tra Europa e legislazione nazionale"<sup>30</sup> è stata resa possibile solo a causa della mancata attuazione della direttiva Bolkestein da parte del legislatore interno. I giudici nazionali e sovranazionali si "arrendono" di fronte a tale situazione.

Per tali ragioni non desta meraviglia la continua richiesta di un necessario intervento da parte della Corte Costituzionale sul tema, costretta a ribadire principi che dovrebbero ormai essere consolidati.

30. B. CARAVITA, G. CARLOMAGNO, *La proroga ex lege delle concessioni demaniali marittime. Tra tutela della concorrenza ed economia sociale di mercato. Una prospettiva di riforma*, in *Federalismi.it*, n. 20/2021 pp. 15 e 16.

## **CASI E QUESTIONI**



## I finanziamenti statali ad Alitalia: quali conseguenze per i creditori prededucibili

Emma Maresca

Cultrice della materia in Diritto Commerciale nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi"

Come noto, Alitalia – Società Aerea Italiana S.p.A. (che è succeduta senza soluzione di continuità ad Alitalia – Compagnia Aerea Italiana S.p.A.) è stata ammessa alla Procedura di amministrazione straordinaria delle grandi imprese in crisi a norma dell'art. 2, comma 2, del Decreto Legge n. 347 del 23 dicembre 2003, convertito con Legge 18 febbraio 2004, n. 39, e successive modifiche.

Con sentenza n. 17/2017, depositata l'11 maggio 2017, il Tribunale di Civitavecchia ha dichiarato lo stato di insolvenza di Alitalia e fissato termini per la presentazione delle domande di insinuazione al passivo e l'esame dello stato passivo. Nel presente contributo verrà indagato l'impatto dell'art. 31 del D.L. 4 maggio 2023 n. 48 (rubricato "*Completamento dell'attività liquidatoria Alitalia*") sulla possibilità di recupero dei crediti insinuati al passivo, in prededuzione, da parte di creditori diversi dallo Stato.

L'art. 31 cit. prevede che i proventi dell'attività liquidatoria di Alitalia SAI S.p.A. "*al netto dei costi di compimento della liquidazione e degli oneri di struttura, gestione e funzionamento dell'amministrazione straordinaria, nonché del pagamento dei crediti prededucibili dell'Erario e degli enti di previdenza e assistenza sociale, dei crediti prededucibili oggetto di transazione ai sensi dell'art. 42 del D.Lgs. 8 luglio 1999 n. 270 e dell'indennizzo ai titolari di titoli di viaggio, di voucher o analoghi titoli emessi dall'amministrazione straordinaria di cui al comma 9, fatti salvi gli effetti del comma 6 del presente articolo, sono prioritariamente destinati al soddisfacimento in prededuzione dei crediti verso lo Stato...*".

In tutt'evidenza, la norma si riferisce ai due finanziamenti statali, per € 400.000.000 ed € 100.000.000, erogati nel 2019-2021 in favore di Alitalia SAI S.p.A. rispettivamente in forza dell'art. 1, comma 2, del D.L. 2 dicembre 2019, n. 137 (conv. in legge 30 gennaio 2020, n. 2) e in forza dell'art. 24 del D.L. 25 maggio 2021, n. 73 (conv. in legge 23 luglio 2021, n. 106).

Tali somme sono state erogate con priorità di rimborso rispetto a ogni altro debito della procedura, come sancito dal D.L. 2 dicembre 2019, n. 137, e dal D.L. 25 maggio 2021, n. 73. Entrambi i

finanziamenti sono stati concessi per sostenere la continuità aziendale e prevenire l'interruzione del servizio pubblico, applicando interessi al tasso Euribor a sei mesi maggiorato di 1.000 punti base (10%).

Dunque:

(I) entrambi i finanziamenti statali sono stati erogati ai fini della prosecuzione dell'attività d'impresa e, segnatamente, per *“consentire di pervenire al trasferimento dei complessi aziendali facenti capo ad Alitalia – Società Aerea Italiana S.p.A. in amministrazione straordinaria e alle altre società del medesimo gruppo”* e connesse *“indifferibili esigenze gestionali”* (art. 1, comma 2, del D.L. 2 dicembre 2019, n. 137) e, altresì, al fine di *“scongiurare il rischio di interruzione del servizio di trasporto aereo di linea di passeggeri”* (art. 24 del D.L. 25 maggio 2021, n. 73); ciò nell'ottica di valorizzazione degli asset aziendali di Alitalia SAI S.p.A. allo scopo di ottenere dalla vendita di questi in regime di continuità aziendale (c.d. *“going concern”*) un ricavato maggiore di quello che sarebbe stato il prezzo della cessione *“atomistica”* dei singoli beni;

(II) i relativi crediti statali per totali € 500.000.000 (€ 400.000.000 + € 100.000.000) oltre interessi beneficino – sempre per espressa previsione normativa – del grado di prededuzione antergata rispetto ad ogni altro credito verso la Procedura di Amministrazione Straordinaria di Alitalia.

Con riferimento agli stessi finanziamenti è stato altresì previsto, dall'art. 11-quater, comma 6 del D.L. 25 maggio 2021, n. 73, cit., che *“nelle more della cessione dei complessi aziendali, i Commissari Straordinari... (omissis)... possono procedere, anche in deroga al disposto di cui all'art. III bis, quarto comma, del regio decreto 16 marzo 1942, n. 267, al pagamento degli oneri e dei costi funzionali alla prosecuzione dell'attività d'impresa di ciascuno dei rami del compendio aziendale*

*(...) che potranno essere antergati ad ogni altro credito”*.

Circa il regime delle prededuzioni, l'art. III-bis L.Fall. stabilisce, al comma 2, che il pagamento dei crediti prededucibili deve avvenire (al pari di quelli concorsuali) nel rispetto delle cause di prelazione e, al comma 4, che nel caso in cui l'attivo della Procedura non sia capiente a soddisfare tutti i creditori prededucibili, debbano essere rispettati *“i criteri della graduazione e della proporzionalità, conformemente all'ordine assegnato dalla legge”*.

L'art. 11-quater, comma 6 del D.L. 25 maggio 2021, n. 73 deroga quindi al disposto dell'art. III-bis L.Fall. consentendo ai Commissari Straordinari di Alitalia SAI di effettuare pagamenti di crediti *“funzionali alla prosecuzione dell'attività d'impresa”* – come sono, per espressa previsione normativa, quelli sorti per effetto dell'erogazione dei finanziamenti di € 400.000.000 ed € 100.000.000 – senza rispettare le cause di prelazione.

Come intuibile, questa notevole erosione dell'attivo della Procedura in favore dello Stato (che, come visto, beneficia per legge non solo della prededuzione dei propri crediti per € 500.000.000 oltre interessi, ma anche, e soprattutto, dell'antergazione *“ad ogni altro credito”*) può significativamente impattare sull'effettiva recuperabilità dei crediti insinuati al passivo – anche se in prededuzione – da parte di altri creditori, in quanto crediti che, seppur sorti in corso di Procedura, hanno grado postergato rispetto ai crediti dello Stato relativi al recupero dei citati finanziamenti per totali € 500.000.000 oltre interessi.

Sullo stesso tema, in riferimento ad ulteriori due finanziamenti statali per totali € 900.000.000 oltre interessi, ricevuti da Alitalia SAI in corso di procedura (2017) e ritenuti aiuti di stato illegittimi dalla Commissione Europea con la Decisione 10/09/2021 n. 795 (*“La Commissione ritiene che la misura di aiuto, consistente in un prestito di 600 milioni di EUR e in un prestito di 300 milioni di EUR, concessa a favore di Alitalia costituisca un aiuto incompatibile. L’Italia ha dato illegalmente esecuzione all’aiuto in violazione dell’articolo 108, paragrafo 3, TFUE”*), va altresì osservato che il già menzionato art. 31 del D.L. 4 maggio 2023 n. 48, nello stabilire che i proventi dell’attività liquidatoria di Alitalia SAI sono prioritariamente destinati al soddisfacimento in prededuzione dei crediti statali, include espressamente in tali crediti quelli *“da recupero di aiuti di Stato dichiarati illegittimi dalla Commissione europea”*. In particolare, il primo prestito è stato concesso con D.L. 2 maggio 2017, n. 55 (*“Misure urgenti per assicurare la continuità del servizio svolto da Alitalia S.p.A.”*), il cui art. 1 disponeva: *“Al fine di evitare l’interruzione del servizio svolto da Alitalia – Società Aerea Italiana – SpA in amministrazione straordinaria, per i collegamenti aerei nel territorio nazionale e con il territorio nazionale, ivi compresi quelli con oneri di servizio pubblico ai sensi della vigente normativa europea, tenuto conto delle gravi difficoltà di ordine sociale e dei gravi disagi per gli utenti che tale interruzione determinerebbe, è disposto un finanziamento a titolo oneroso di seicento milioni di EUR, della durata di sei mesi, [...] a favore di Alitalia – Società Aerea Italiana – S.p.A in amministrazione straordinaria, da utilizzare per le indilazionabili esigenze gestionali della società stessa e delle altre società del gruppo sottoposte alla procedura di amministrazione straordinaria [...]”*. Il prestito aggiuntivo è stato concesso con D.L. 148/2017, che ha portato il finanziamento dello Stato a € 900.000.000 ex art. 12, comma 2: *“Allo scopo di garantire l’adempimento delle obbligazioni di trasporto assunte dall’amministrazione straordinaria fino alla data di cessione del complesso aziendale senza soluzione di continuità del servizio di trasporto aereo e assicurare la regolare prosecuzione dei servizi di collegamento aereo nel territorio nazionale e per il territorio nazionale esercitati dalle società di cui al precedente comma 1 nelle more dell’esecuzione della procedura di cessione dei complessi aziendali, l’ammontare del finanziamento [...] è incrementato di 300 milioni di EUR”*. La Commissione Europea ha stabilito che i finanziamenti concessi ad Alitalia costituiscono aiuti di stato illegittimi (di cui Alitalia SAI è la beneficiaria diretta) e devono essere recuperati dall’Italia, mediante azioni che possono riguardare anche altre società del medesimo gruppo, se queste formano un’unica entità economica con Alitalia.

Sull’effettiva recuperabilità dei crediti insinuati al passivo in prededuzione da parte di altri creditori della Procedura di amministrazione straordinaria di Alitalia – Società Aerea Italiana S.p.A. influisce, dunque, anche l’obbligo restitutorio in questione (€ 900.000.000 oltre interessi), sebbene tale credito statale avente per oggetto l’azione di recupero non sia munito dell’antergazione prevista dalla legge per i crediti relativi ai finanziamenti di totali € 500.000.000 oltre interessi erogati in favore di Alitalia SAI (art. 1, comma 2, del D.L. 2 dicembre 2019, n. 137 e art. 24 del D.L. 25 maggio 2021, n. 73); infatti, con il D.L. 30 aprile 2019 n. 34 è stata disposta l’abrogazione del rango prioritario del prestito statale da € 900.000.000 oltre interessi (art. 37, comma 5: *“... le parole al terzo periodo “ed è restituito entro sei mesi dall’erogazione in prededuzione, con priorità rispetto a ogni altro debito della procedura» sono soppresse”*).



## Il tentativo di conciliazione stragiudiziale, da condizione di procedibilità a strumento facoltativo: un'analisi critica

Roberta Brignoccolo

Avvocato della Direzione Analisi Giuridiche e Contenzioso di ENAC

Una recente pronuncia del Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte si segnala per aver affrontato la questione relativa all'esatta portata da attribuire al tentativo di conciliazione in materia di diritti dei passeggeri garantiti dalla normativa europea, di cui al Reg. (CE) n. 261/2004. Nel dettaglio, in relazione agli effetti prodotti dalla qualificazione come obbligatorio del tentativo di conciliazione, due sono le tesi sul tappeto.

Stando ad un primo orientamento (fatto proprio dall'Autorità resistente nel procedimento in commento), l'utilizzo di una procedura alternativa per risolvere le dispute nel settore aereo sarebbe da considerare un vantaggio, soprattutto tenendo conto dei tempi più rapidi e l'efficienza di cui è connotato tale strumento rispetto al ricorso all'autorità giudiziaria.

Invero, non solo la conciliazione stragiudiziale si farebbe apprezzare per economicità nei tempi, ma anche in quanto non prevede la corresponsione di alcun contributo economico né l'assistenza obbligatoria di un avvocato.

L'effetto diretto che produrrebbe, in ultima analisi, l'adozione del tentativo di conciliazione sugli utenti del trasporto aereo, sarebbe quello di incoraggiare gli stessi e stimolarli a far valere gli interessi loro riconosciuti come meritevoli di tutela dalla normativa europea, evitando i costi e l'incertezza degli esiti che spesso caratterizzano l'ordinaria via giudiziale.

Una seconda ricostruzione, viceversa, ritiene che, a fronte della predeterminazione in misura fissa della compensazione pecuniaria spettante al passeggero in ipotesi leso dalla condotta del vettore aereo, la previsione del ricorso obbligatorio ad un meccanismo di risoluzione alternativo della controversia finirebbe per dilazionare oltremisura l'ottenimento del concreto ristoro spettante all'utente, aggiungendo un passaggio ulteriore non previsto dal Regolamento europeo e in contrasto con il diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva, di cui agli artt. 47 della Carta di Nizza e 19 del Trattato sull'Unione Europea, nonché, a livello nazionale, agli artt. 111 Cost. e 1 c.p.a.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, definendo incompatibile il rapporto tra la compensazione pecuniaria, prevista in misura fissa dall'art. 7 del Reg. (CE) n. 261/2004, e il tentativo obbligatorio di conciliazione previsto nella Delibera A.R.T. n. 21/2023, ha aderito alla seconda delle riportate tesi.

Difatti, come argomentato dal Collegio amministrativo, *“nel caso specifico al ricorrente è preclusa, in caso di rigetto del reclamo, tanto la possibilità di rivolgersi immediatamente a un tribunale, quanto la scelta tra rivolgersi ad un tribunale o ad un altro organismo competente”*.

Ancora, soffermandosi sui poteri in capo al conciliatore, il T.A.R. ha evidenziato come, non potendo incidere sull'importo in ipotesi da versare a titolo di compensazione (essendo lo stesso legislativamente predeterminato), il conciliatore assumerebbe *“un ruolo che non gli è proprio, ossia quello di accertare il fatto costitutivo del diritto (an), proponendo o meno la corresponsione della compensazione pecuniaria nella misura di cui al Regolamento CE n. 261/2004; la conciliazione sarà destinata a chiudersi positivamente solo ed esclusivamente qualora una delle due parti abdichi totalmente alla propria pretesa”*.

Il Collegio giudicante, invero, ha paventato altresì il rischio che tale tentativo di conciliazione possa indurre il passeggero a desistere dall'esercizio dei propri diritti, nella consapevolezza di trovarsi pur sempre di fronte a compagnie aeree assistite da legali di fiducia, *“così come è parimenti evidente che il passeggero consumatore, per evitare tutto ciò, dovrebbe a sua volta avvalersi dell'ausilio di un legale, sostenendone i relativi costi che si aggiungerebbero a quelli che il consumatore stesso dovrà poi sostenere a fronte di un'azione giurisdizionale”*.

Qualora, viceversa, il passeggero decidesse di prendere parte al tentativo di conciliazione senza l'ausilio di un difensore, dovrebbe utilizzare la piattaforma *Conciliaweb*, a cui si accede unicamente tramite autenticazione digitale, di cui *“è sprovvista ancora oggi una parte consistente della popolazione”*.

La soluzione adottata dal Tribunale Amministrativo Regionale ha senz'altro il pregio di aver messo in luce la doppia natura del tentativo di conciliazione obbligatorio che, se da un lato può sembrare uno strumento a vantaggio dell'utente (parte debole del rapporto) nonché un utile rimedio all'accesso smisurato alla risorsa giustizia (già fisiologicamente scarsa), dall'altro lato può rivelarsi, in concreto, un ostacolo alla tutela effettiva ed efficace dei diritti allo stesso spettanti.

Non solo, ma il divario rispetto alla posizione (già di per sé privilegiata) del vettore aereo si acuisce, nel vigore dell'obbligatorietà della conciliazione, a causa dell'atteggiamento adottato nella pratica dalle compagnie aeree, le quali sovente non prendevano parte al tentativo di conciliazione, con conseguente allungamento dei tempi necessari al passeggero per ottenere il ristoro spettante nonché spendita delle necessarie risorse economiche per intraprendere la fase giudiziale.

Peraltro, si segnala che la medesima scelta nel senso della facoltatività del tentativo di conciliazione stragiudiziale era già stata adottata dal legislatore nazionale in riferimento alle controversie individuali di lavoro. Invero, la dottrina, a fronte della prevista obbligatorietà del tentativo di conciliazione (introdotta con il d.lgs. n. 80 del 1998) aveva manifestato non poche perplessità proprio in quanto, non potendo il conciliatore andare oltre un mero controllo formale, la previsione di tale

ulteriore incombenza si sarebbe di fatto tradotta in un ulteriore ostacolo o causa del ritardo nell'accesso alla tutela giurisdizionale. Per tale motivo, intervenendo sull'art. 410, comma 1, c.p.c., il legislatore ha trasformato il tentativo di conciliazione da obbligatorio in facoltativo.

Si evidenzia, inoltre, che il segmento del trasporto aereo assume fisiologicamente una dimensione globale, stante la natura transfrontaliera dei servizi offerti dai vettori, e si caratterizza per essere uno dei settori più integrati nel panorama europeo. Tale tratto distintivo ha, sin da subito, portato con sé l'esigenza di un forte grado di armonizzazione dei diritti dei passeggeri su scala sovranazionale, motivo per cui il legislatore europeo ha predisposto un livello uniforme di protezione dei diritti dei passeggeri a fronte di inadempimenti da parte del vettore aereo, contenuto nel Reg. (CE), n. 261/2004.

Orbene, è proprio per far fronte alla necessità di prevedere una tutela uniforme a livello europeo che sono stati previsti nel Reg. (CE) n. 261 cit., all'art. 7, degli importi predeterminati, automatici e non negoziabili, da versare al passeggero leso dall'inadempimento del vettore, indipendentemente da qualsiasi mediazione, pari a: 250 euro per voli fino a 1.500 km; 400 euro per voli tra 1.500 km e 3.500 km; 600 euro per voli superiori a 3.500 km o intercontinentali.

Da questo punto di vista, prevedere il tentativo di conciliazione come obbligatorio significa svilire le esigenze di uniformità e di armonizzazione sovranazionale, prescrivendo un *iter* procedimentale diverso e sicuramente deteriore rispetto a quello praticato dagli altri paesi aderenti all'Unione Europea, in spregio di quanto disposto dal richiamato Regolamento.

Vieppiù che il richiamato regime di compensazione rappresenta il livello minimo di tutela per il passeggero, a cui non è preclusa, difatti, la possibilità di avvalersi della disciplina generale sulla responsabilità del vettore per inadempimento in relazione al risarcimento del danno ulteriore (art. 12, n. 1, Reg. (CE) n. 261 cit.), che però deve essere provato nell'entità.

Chiaramente, rispetto a tale ulteriore ipotesi risarcitoria, trattandosi di richieste che esulano dalla compensazione pecuniaria predeterminata, anche il tentativo di conciliazione rimane obbligatorio.

Concludendo, la funzione di filtro con funzione deflattiva del contenzioso giurisdizionale può essere certamente perseguita anche attraverso la previsione di un tentativo di conciliazione facoltativo, quantomeno nelle ipotesi in cui il legislatore europeo dispone la corresponsione di importi predeterminati a titolo di compensazione per il danno subito, condividendo entrambi gli strumenti il medesimo obiettivo di alleggerimento del carico delle questioni che necessitano di una soluzione da parte dell'organo giudiziario.