

# Diritto e politica dei trasporti

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

Promossa da:

**demetra**  
CENTRO STUDI

**Fascicolo**  
**II/2021**

# Diritto e politica dei trasporti

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

## Fascicolo II/2021

Promossa da  
**demetra**  
CENTRO STUDI

anno 4, n. 7 (II-2021)

La Rivista è pubblicata dal Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), con sede a Roma, via F. Civinini, 85, 00197, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Centro Studi Demetra (*Development of European Mediterranean Transportation*), based in Rome, via F. Civinini, 85, 00197, and was 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, via Plinio 44, 00193, Roma

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

ISSN 2612-5056

© Centro Studi Demetra, via F. Civinini, 85, 00197, Roma

[info@demetracentrostudi.it](mailto:info@demetracentrostudi.it)

[www.demetracentrostudi.it/](http://www.demetracentrostudi.it/)



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 *on-line* e *open-access* 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 *on-line* and *open-access* Journal 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: Centro Studi Demetra  
Pubblicato nel mese di febbraio 2022

## **Comitato di direzione/Executive Editors**

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)  
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)  
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)  
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)

## **Comitato scientifico, tecnico e di valutazione/Scientific, Technical and Referees’ Board**

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)  
Prof. Marco Calabrò (Università della Campania “Luigi Vanvitelli”)  
†Prof. Antonio Catricalà (Università “Link Campus University” - Roma)  
Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università “G. Marconi” - Roma)  
Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)  
Prof. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE – York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation – ECU, Perth, Australia)  
Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)  
Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)  
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)  
Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)  
Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)  
Prof. Fabio Francario (Università di Siena)  
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)  
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. Aristide Police (L.U.I.S.S. “G. Carli” - Roma)  
Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)  
Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università statale di Milano)  
Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)  
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 per Stranieri “Dante Alighieri” - Reggio Calabria)  
Prof. Leopoldo Tullio (Università “Sapienza” - Roma)

## **Comitato editoriale/Editorial Board**

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

## Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file “.doc” alla direzione della Rivista (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, che non deve superare le 1.000 battute (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 telematica;
  - 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.

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 e-mail address (redazione@dirittoepoliticadeitrasporti.it). The e-mail includes the following information:

- 1) Author’s personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) abstract in Italian language of not more than 1.000 characters (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) manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another on-line Journal;
  - c) the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
  - d) 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.

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.

# Indice

## Fascicolo II/2021

### PRESENTAZIONE DEL FASCICOLO/PRESENTATION OF THE ISSUE

**Francesco Gaspari**

### ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS

**Pierre de Gioia Carabellese, Camilla Della Giustina**

*Smart city: innovazione, infrastrutture e smart finance. Un nuovo parametro di Costituzione e di digital regulation* ..... pag. 68

**Valerio Di Stefano, Edoardo Breda**

La regolazione del settore ferroviario: le novità alla luce del Green New Deal e del quarto pacchetto ferroviario ..... pag. 88

**Antonella Balante**

Il bilanciamento dell'interesse pubblico-privato nella fase della esecuzione del contratto di appalto pubblico. I rimedi praticabili nel caso dell'inadempimento reciproco .....pag. 118

### NOTE A SENTENZA/LAW NOTES

**Francesco Gaspari**

Diritto all'istruzione del disabile, servizio di trasporto scolastico e limiti della sussidiarietà orizzontale ..... pag. 143

# Presentazione del Fascicolo

---

## Francesco Gaspari

Associato di diritto amministrativo nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi"

Direttore della Rivista

Il secondo fascicolo del 2021 ospita contributi in cui si affrontano temi di estrema attualità e interesse. Così è per il contributo di Pierre de Gioia Carabellese e Camilla Della Giustina, in tema di *Smart city*: innovazione, infrastrutture e *smart finance*. Un nuovo parametro di Costituzione e di *digital regulation*. Lo scritto muove dal concetto di città per poi soffermarsi sulla sostenibilità ambientale, mettendo in evidenza anche le criticità che la digitalizzazione implica. Particolare attenzione viene dedicata al *digital banking* nella *smart city*.

Anche lo scritto di Valerio Di Stefano ed Edoardo Breda sulla regolazione del settore ferroviario affronta un tema molto attuale, anche tenendo conto del Piano Nazionale Ripresa e Resilienza. Particolare focus viene dato alle novità settoriali alla luce del *Green New Deal* dell'Unione europea e del quarto pacchetto ferroviario, senza trascurare una previa ricostruzione storico-evolutiva dei profili trattati.

Il contributo di Antonella Balante in materia di *bilanciamento dell'interesse pubblico-privato nella fase della esecuzione del contratto di appalto pubblico. I rimedi praticabili nel caso dell'inadempimento reciproco* riguarda un tema molto specifico, che l'A. analizza ponendo attenzione non solo ai profili sostanziali, ma anche a quelli processuali.

La nota contenuta nella corrispondente sezione esamina una recente pronuncia della prima Sezione del Consiglio di Stato (parere 15 marzo 2021 n. 403) in materia di diritto all'istruzione del disabile e servizio di trasporto scolastico. Si tratta di un provvedimento particolarmente importante, non solo sul piano teorico, ma anche su quello pratico, anche tenendo conto della situazione legata alla Pandemia, ancora in corso, che ha reso ancora più grave la difficile situazione (anche sul piano finanziario) in cui versano gli enti pubblici, anche locali. La questione di fondo a cui il Consesso amministrativo fornisce risposta riguarda la corretta qualificazione giuridica del trasporto scolastico, vale a dire se questo debba essere effettuato a titolo gratuito oppure con una contribuzione degli utilizzatori.

*Articoli e Saggi*

***Smart city: innovazione, infrastrutture e smart finance.  
Un nuovo parametro di Costituzione e di digital  
regulation \****

**Pierre de Gioia Carabellese<sup>1</sup>, Camilla Della Giustina<sup>2</sup>**

*<sup>1</sup>Fellow of Advance HE (York, UK) and Professor (full) of Business Law and Regulation (ECU, Perth),  
Professor of Law in England (Huddersfield, 2017)*

*<sup>2</sup>Dottoranda in Giurisprudenza, Ph.D Candidate in Law*

---

**Abstract**

*Smart city: Innovation, Infrastructures, and Smart Finance. A New Yardstick of both Constitution and Digital Regulation.*

*In the last decades, the concept of city has been subject to a progressive and steady evolutionary process, thus the need for mulling over the urban environment in the light of the existence of an even more integrated and digitalised society. In addition to this, there is an obvious need, and perhaps the urgency, for adopting policies aimed to better implement an environmental sustainability. At the same time, it is quintessential to ascertain which challenges the new “digital high speed” implies, particularly as far as the protection of the right of privacy and data protection are concerned.*

*Against this background, a clear demarcation line between two different constitutional values is obvious: on the one hand, a value belonging to the tangible world, on the other hand a right which required an interaction with algorithms: in other words, a stark contrast between a human world, and a non-human world, where both need to find a communal language.*

*Parole chiave:* smart-city; sostenibilità; innovazione; digital regulation; smart finance.

---

Sommario — 1. *Smart city*: una breve introduzione — 2. Le città intelligenti come attuazione del valore costituzionale dell’ambiente — 3. Infrastrutture, algoritmi e città intelligenti — 4. Il *digital banking* nella *smart city* — 5. La sostenibilità quale metodologia

**1. Smart city: una breve introduzione**

*Bike sharing, car sharing, utilizzo dei servizi forniti da AirBnB, evoluzione della gig economy, utilizzo di aeromobili a pilotaggio remoto e di unmanned machines, o*

---

\* Sottoposto a referaggio.

*unmanned vehicles*<sup>2</sup>, sono solamente alcune possibilità offerte da un'interazione nonché migliore utilizzazione di infrastrutture fisiche coniugate a quelle informatiche. In questo scenario, un ruolo primario è assunto dalle città: esse divengono il punto di incontro fisico ed informatico rappresentando il nuovo paradigma dello sviluppo urbano<sup>3</sup>. Le *smart cities*<sup>4</sup> sono le destinatarie primarie e quasi esclusive delle politiche *smart* divenendo il punto di partenza per la trasformazione del contesto cittadino<sup>5</sup>.

Il paradigma della città intelligente richiede, quindi, una reinterpretazione della concezione dello sviluppo urbano nonché un nuovo approccio ad una modalità differente per quanto attiene il vivere degli spazi territoriali locali. Questo cambio di prospettiva viene imposto da due tendenze opposte: una prima attinente alla sempre maggiore digitalizzazione della società e una seconda derivante dalla necessità di soddisfare esigenze di sostenibilità, ambientale<sup>6</sup> e sociale, al fine ultimo di godere dei benefici che possono essere offerti da una società sempre più integrata.

---

<sup>1</sup> F. GASPARI, *La regolazione multilivello degli aeromobili a pilotaggio remoto e la disciplina «speciale» dell'ENAC nel contesto della pandemia COVID-19*, in *Rivista del Diritto della Navigazione*, n. 1, 2020, pp. 139-192. R. BELLOTTI, L. TAFARO, (a cura di) *Mezzi aerei a pilotaggio remoto: questioni teoretiche e profili applicativi*, Edizioni Scientifiche Italiane, 2021. C. DELLA GIUSTINA, *A spider in the sky saw me. Prime riflessioni sulla potenziale applicazione del modello 231 agli aeromobili a pilotaggio remoto*, in *Rivista231*, n. 4, 2021, pp. 311-323.

<sup>2</sup> G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, *Driverless car e responsabilità civile*, in *Rivista diritto bancario*, n. 7-21, 2020, online; U. RUFFOLO (a cura di), *Self-driving car, auto driverless e responsabilità*, in *Intelligenza artificiale e responsabilità*, Milano, 2017, p. 39 ss.; R. PARDOLESI, A. DAVOLA, *In viaggio col robot: verso nuovi orizzonti della rc auto ("driverless")?*, in *Danno e Responsabilità*, 2017, p. 616 ss. D.L.K. CHENG, R. DENG, *Cryptocurrency, Fintech, Insurtech, and Regulation*, London, 2018; L. NOUSSIA, *Autonomous Vehicles: Legal Consideration and Dilemmas*, in P. MARANO, K. NOUSSIA (a cura di), *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, London, 2020; P. DE GIOIA CARABELLESE, *Unmanned vehicles e i rischi legali ed assicurativi. Una visuale dal Regno Unito della disciplina (nuova e futura) della responsabilità dei veicoli senza guidatore*, in *Diritto e politica dei trasporti*, n. 1, 2021. E. AL MUREDEN, *Autonomous cars e responsabilità civile tra disciplina vigente e prospettive de iure condendo*, in *Contratto e impresa*, 2019, p. 895; L. CLUZEL-MÉTAYER, *The Judicial Review of the Automated Administrative Act*, in *European Review of Digital Administration & Law*, - *Erdalm* vol. 1, n. 1-2/2021, p. 101-103. E. BUOSO, *Fully Automated Administrative Acts in the German Legal System*, in *European Review of Digital Administration & Law*, - *Erdalm* vol. 1, n. 1-2, 2021, pp. 113-122. Per quanto attiene al rapporto tra *privacy* e le autovetture autonome vedasi S. SCAGLIARINI, *Smart Roads and Autonomous Driving vs. Data Protection: the Problem of the Lawfulness of the Processing*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal* – vol. 2, n. 1, 2021, pp. 189-198.

<sup>3</sup> R. FERRARA, *The smart city and the green economy in Europe: a critical approach*, in *Diritto e processo amministrativo*, n. 2-3, 2015, p. 635 ss.

<sup>4</sup> In letteratura giuridica vi sono alcuni contributi che preferiscono trattare di città intelligenti piuttosto che di *smart cities*: A. PENSI, *L'inquadramento giuridico delle «città intelligenti»*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), n. 9, 2015. A. CASINELLI, *Le città e le comunità intelligenti*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 3, 2013, p. 240 ss. In questa direzione è stato sostenuto che nel momento in cui si sono adottate espressioni inglesi che non trovano una corrispondenza nella disciplina normativa di importazione diviene difficile fornire un inquadramento giuridico del fenomeno. F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)* in *Federalismi.it*, fasc. n. 22, 2015. R. HOLLANDS, *Will the real smart city please stand up?*, in *City*, vol. 12, n. 3, 2008, pp. 303-304. M. CAPORALE, *L'intelligenza si ripartisce o si condivide? A proposito di smartness, livelli di governo e una certa idea di città*, in *Ist. fed.*, n. 4, 2015, p. 857.

<sup>5</sup> E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro amministrativo*, 2015, p. 1269.

<sup>6</sup> In tal senso, parte della dottrina ha evidenziato che «il concetto di *smart city* è nato due decenni fa per affrontare i problemi di sostenibilità e della efficiente gestione delle risorse; si tratta di due aspetti legati strettamente all'efficienza energetica e alla riduzione di emissione di carbonio. È importante che l'etica e il diritto prevedano delle soluzioni alle sfide che le città si trovano ad affrontare». Nostra traduzione non

Adottando la prospettiva appena indicata, la città diviene la fonte che consente «la configurazione di uno *status* relativo ad uno specifico territorio, che genera situazioni giuridiche soggettive (attive e passive) collegate all'essere persona residente<sup>7</sup>».

Nelle prime fonti normative nazionali non si rinviene un riferimento al termine di *smart city* poiché compare l'espressione «comunità intelligenti<sup>8</sup>» rapportata all'importanza della tecnologia e delle informazioni, rispetto alle quali deve essere garantita l'accessibilità, nonché il progetto di inclusione e di atteggiamento di *favor* nei confronti di soggetti svantaggiati.

Il riferimento linguistico<sup>9</sup> al concetto di *smart city* si rinviene nella Strategia Europa 2020 la quale definisce l'economia che dovrà caratterizzare l'Europa del 2020 come intelligente, sostenibile ed inclusiva per raggiungere elevati livelli di occupazione, di produttività e di coesione sociale: lo strumento principale per perseguire detti scopi è rappresentato dalla *smart city* e, di conseguenza, dallo sviluppo di un'agenda digitale<sup>10</sup>.

Se queste sono le coordinate normative per gli aspetti che interessano la *smart city*, esse attentano all'inclusione, all'accesso alle informazioni, allo sviluppo delle tecnologie e

---

letterale dall'inglese. I. C. FONSECA, *Smart Cities and Law, E. Governance and Rights: Do We Need a Global Digital Transition Strategy for the City?* In *European Review of Digital Administration & Law – Erdal* – vol. 2, n. 1, 2021, p. 47.

<sup>7</sup> F. GASPARI, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Il Diritto dell'Economia*, vol. 98, n. 1, 2019, p. 72. In tale contesto si assisterebbe all'emersione del concetto di «cittadinanza amministrativa», ossia, una nuova forma di cittadinanza con la quale si indica una pretesa, giuridicamente tutelata, ad ottenere una qualità di vita accettabile. Precisamente, viene evidenziato che «la cittadinanza non è più riferita soltanto alla titolarità di diritti di tipo politico, ma invece alla titolarità di una serie di posizioni che sono variamente riconducibili all'individuo per il fatto di essere abitante di una determinata realtà». C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2002, p. 482. R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2004, p. 201 ss.

<sup>8</sup> Il riferimento è alla deliberazione n. 150 del 21.12.2000 del CIPE all'interno della quale veniva menzionato il progetto «Sviluppo di piattaforme abilitanti – “comunità intelligenti”». È doveroso richiamare il d.l. n. 179/2012 «Ulteriori misure urgenti per la crescita del Paese», successivamente convertito in l. n. 221/2012: l'art. 20 comma 16 fa riferimento all'inclusione intelligente quale «capacità, nelle forme e nei limiti consentiti dalle conoscenze tecnologiche, di offrire informazioni nonché progettare ed erogare servizi fruibili senza discriminazioni dei soggetti appartenenti a categorie deboli o svantaggiate e funzionali alla partecipazione alle attività delle comunità intelligenti».

<sup>9</sup> Parte della dottrina ha osservato che già a partire dalla Carta Urbana Europea del 18 marzo 1992 si assiste ad un incremento di azioni settoriali, relative a trasporti, spazi urbani, ambiente ed energia, suscettibili di essere ricondotte ad una politica europea per le *smart cities*. C. BENETAZZO, *Appalti innovativi e smart cities: verso una nuova dimensione pubblico-privata?*, in *Federalismi.it*, fasc. 9, 2021, p. 7.

<sup>10</sup> Parte integrante della Strategia Europa 2020 è rappresentata dall'adozione dell'Agenda digitale europea la quale tra gli obiettivi ulteriori fa riferimento alla creazione e quindi realizzazione di un mercato unico digitale. Comunicazione della Commissione europea COM(2015) 192 finale del 6 maggio 2015: “*A Digital Single Market Strategy for Europe*”. Nella “Dichiarazione di Venezia per l'Europa digitale” del 2014 si fa espresso riferimento alle città quali “laboratori per un'Europa più dinamica e digitale”. Si deve aggiungere altresì la “*European Innovation Partnership for Smart Cities and Communities*” con la quale vengono messi in campo misure finanziarie allo scopo di favorire collaborazioni strategiche tra imprese e città europee per lo sviluppo e l'implementazione dei sistemi urbani e le infrastrutture all'avanguardia per quanto attiene ai sistemi dell'energia, dei trasporti e dell'IT. Comunicazione della Commissione europea COM(2012) 4701 del 10 luglio 2012. Ulteriore riferimento è il programma *Horizon 2020* a favore di enti pubblici e privati, imprese, centri di ricerca ed università. *The Urban Dimension of EU Policies – Key Features of an EU Urban Agenda*, COM(2014) 490, 18 luglio 2014. S. BOLOGNINI, *Dalla “smart city” alla “human smart city” e oltre*, Milano, 2017, pp. 54-58.

alla destinazione delle stesse alle categorie deboli e svantaggiate. A ciò deve aggiungersi che destinataria risulta essere la comunità e non solamente la città, stante la stretta connessione che intercorre tra la *smart city* e la città. Quest'ultima da intendersi come insediamento urbano ricavabile non solo dagli elementi linguistici evidenziati in precedenza, ma altresì dall'attribuzione all'Agenzia per l'Italia digitale<sup>11</sup> el compito di definire un sistema di misurazione basato su indicatori statistici relativi allo stato e all'andamento delle condizioni economiche, sociali, culturali e ambientali delle comunità intelligenti e della qualità di vita dei cittadini<sup>12</sup>.

Tramite la *smart city*, in altri termini, si è proiettati nel perseguimento di uno scopo finale assai ambizioso coincidente con il miglioramento della qualità di vita dei cittadini grazie ad un accrescimento del capitale umano, alla rigenerazione e alla riqualificazione urbana<sup>13</sup>. In questa direzione è possibile, di conseguenza, definire la *smart city* come «un "ecosistema" che agevolerebbe anche la nascita di nuove forme di impresa caratterizzate da un elevato tasso tecnologico<sup>14</sup>». Lo sviluppo delle comunità si realizza grazie all'impiego della tecnologia e dell'innovazione trovando un aggancio normativo nella Strategia per la crescita digitale 2014-2020 adottata dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri ove si legge che «(l)a sfida è quella di costruire un nuovo genere di bene comune, una grande infrastruttura tecnologica ed immateriale che faccia dialogare persone ed oggetti, integrando informazioni e generando intelligenza, producendo inclusione e migliorando la vita del cittadino ed il business per le imprese, anche attraverso azioni di promozione della *social innovation*».

In tutto questo elemento centrale è la condivisione, in quanto possono rientrare nel concetto di *smart* tutte quelle iniziative che prevedono la condivisione di un fattore, di uno spazio, di una prestazione, di una risorsa, di una tecnologia nonché di un complesso di informazioni. La condivisione diventa il grimaldello per includere, all'interno di una comunità, fisica o virtuale, i valori che la stessa comunità esprime<sup>15</sup>.

---

<sup>11</sup> Il riferimento normativo è l'art. 20 co.12 lett. a) d.l. n. 179/2012.

<sup>12</sup> G. DALL'Ò, *Smart city. La rivoluzione intelligente delle città*, Bologna, 2014, p. 94 ss.

<sup>13</sup> Per un orientamento contrapposto, vedasi R. COWLEY, F. CAPROTTI, *Smart city as anti-planning in the UK*, in *Society and Space*, vol. 37, n. 3, 2012, pp. 428-448. Per rigenerazione urbana si intende non solo la semplice riqualificazione edilizia – che concerne interventi di più ampia portata rispetto a quelli di mera programmazione, pianificazione, recupero e risanamento di specifiche aree urbane – ma anche la rigenerazione urbana, che avrebbe l'ambizione di essere riferita alla coesione territoriale e sociale. Per un approfondimento T. FAVARO, *Verso la Smart City: sviluppo economico e rigenerazione urbana*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc. 2, 2020, p. 87 ss.

<sup>14</sup> F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Smart City: condividere per innovare (e con il rischio di escludere?)*, op. cit., p. 8.

<sup>15</sup> Uno dei rischi è che questa inclusione si risolva in un paradosso consistente nell'inclusione solamente per i soggetti che condividono quel determinato obiettivo con la relativa esclusione degli altri. Chi non è smart, chi non si avvale delle tecnologie rimane fuori dalla comunità intelligente profilandosi, in questo senso, una minaccia alla libertà di coloro i quali non intendono adeguarsi al modello o non intendono collaborare. E. CARLONI, *Città intelligenti e agenda urbana: le città del futuro, il futuro delle città*, in *Munus*, n. 2, 2016, p. 247. Ulteriori soggetti esclusi potrebbero essere coloro i quali non possiedono le competenze sufficienti e necessarie ai fini dell'utilizzazione della tecnologia; ciò nonostante si rammenta che uno degli obiettivi fissati dall'Agenda digitale europea è proprio quello di inserire, all'interno delle priorità del Fondo sociale europeo, il miglioramento dell'alfabetizzazione, delle competenze e dell'inclusione nel mondo digitale. Nella medesima direzione è orientata la normativa nazionale rappresentata dall'art. 1 co.1 lett. c) l. 145/2015. Ulteriore riferimento è l'art. 8 del Codice dell'amministrazione digitale in base al quale il concetto di «alfabetizzazione informatica» viene inteso come «diffusione della cultura digitale» soprattutto per le categorie a rischio di esclusione e per i minori. Un esempio di *smart city* è la città di Sidney la quale, sebbene sia una delle città più evolute, rappresenta,

Con la realizzazione del progetto *smart city* si assiste, contemporaneamente, sia alla pianificazione che al coordinamento dell'utilizzo di spazi virtuali, di tecnologie e di informazioni<sup>16</sup>: prende forma una infrastruttura digitale che, tramite le condotte attive, qualificabili come *smart*, dei cittadini e la condivisione<sup>17</sup>, consente una reciproca connessione tra le differenti componenti delle infrastrutture tradizionali al fine di rimuovere gli ostacoli dalla vita degli individui<sup>18</sup>. Prendono vita e si diffondono le idee di *crowdfunding*, di *peer-to-peer* di *prosumer*<sup>19</sup> quale terreno elettivo dello sviluppo della comunità intelligente.

Emerge chiaramente, da quanto prospettato fino a questo punto, come una definizione di *smart city*<sup>20</sup> è di difficile individuazione posto che la cornice normativa entro cui si situano queste differenti esperienze risulta essere frammentata e quindi sfuggente per quanto concerne una qualificazione unitaria. Una potenziale definizione di città intelligente può essere quella di città caratterizzata da una continua ed incessante integrazione tra strutture e mezzi avanzati da un punto di vista tecnologico, animata dall'obiettivo di perseguire un miglioramento degli *standard* qualitativi della vita umana grazie all'adozione di politiche di crescita sostenibile<sup>21</sup>.

---

contemporaneamente, un piano di sviluppo differente per la sostenibilità sociale della città stessa. Il caso Sidney è improntato ad una strategia di inclusione a medio-lungo periodo, posto che l'obiettivo ultimo è quello di far sì che la metropoli divenga una città inclusiva, sia per quanto concerne la giustizia comunitaria che la resilienza comunitaria, per assicurare continui miglioramenti alla qualità della vita e del benessere di tutti i cittadini. L'aspetto peculiare di questa esperienza di *smart city* si rinviene nel riconoscimento e nella tutela della cultura aborigena e degli isolani dello stretto di Torres, adottando un processo di inclusione e valorizzazione delle differenze culturali. Città di Sydney, *A City for All: Towards a socially just and resilient Sydney. Our social sustainability policy and action plan 2018–2028*, p. 9.

<sup>16</sup> A. PENSI, *L'inquadramento giuridico delle «città intelligenti»*, op. cit., p. 5.

<sup>17</sup> È stato evidenziato in dottrina che "sarebbe [...] erroneo assimilare in senso pieno *smartness* e *digitalization*", in quanto nella "costruzione della nuova realtà urbana rilevano elementi diversi, ed è avvertita la centralità dei fattori umani, sociali e territoriali, nonché istituzionali".

<sup>18</sup> O. NELLO, R. MELE, *Cities in the 21st Century: Academic Visions on Urban Development*, London and New York, 2016.

<sup>19</sup> I. PAIS, P. PERETTI, C. SPINELLI, *Crowdfunding. La via collaborativa all'imprenditorialità*, Milano, 2014.

<sup>20</sup> Per una genesi del termine vedasi D.V. GIBSON, G. KOZMETSKY, R.W. SMILOR, *The Technopolis Phenomenon: Smart Cities, Fast Systems, Global Networks*. Boston, 1992.

<sup>21</sup> P. COSTA, *La sicurezza della global city. Prassi globale e critica costituzionale*, in C. BUZZACCHI, P. COSTA, F. PIZZOLATO (a cura di), *Technopolis. La città sicura tra mediazione giuridica e profezia tecnologica*, Milano, 2019, p. 115 ss. "Dando ormai per acquisita sotto il profilo letterale la traduzione con "intelligente" dell'inglese *smart*, sotto il profilo sostanziale, avendo riguardo alla nozione che la locuzione "*smart city*" ha assunto non soltanto nel linguaggio corrente ma anche in quello in uso da parte dei principali attori istituzionali nazionali e sovranazionali, in via di prima approssimazione può dirsi che la *smartness* di una città misura la capacità di quest'ultima di migliorare la qualità della vita umana favorendo, anche per il tramite delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione (ICT), un ottimale utilizzo dello spazio sia in termini di consumo di suolo che di azioni volte a conseguire l'inclusione sociale, un sostenibile sviluppo economico della comunità nel suo complesso, un efficientamento dei sistemi di mobilità collettiva, una semplificazione generale dell'agire dell'amministrazione, anche nell'erogazione dei servizi pubblici". C. NAPOLI, *La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della sostenibilità urbana*, in *Le Regioni*, fasc. 2, 2019, pp. 445-446. Un primo tentativo di definizione aveva utilizzato quali indicatori per il concetto di *smart city* sia elementi appartenenti alla governance tecnologica, quali *smart mobility*, *smart environment* ad elementi anche sociali come *smart economy*, *smart people*, *smart living*, *smart governance*. R. GIFFINGER, C. FERTNER, H. KRAMAR, N. PICHLER-MILANOVIC, E. MEIJERS, *Smart cities. Raking of European medium-sized cities*, Vienna, 2007.

Vista la complessità<sup>22</sup> dell'argomento, si è scelto di proiettare l'indagine verso due linee direttive principali, di sostenibilità ambientale ed anche di digitalizzazione della città, quali elementi fondamentali della *smart city*, nella consapevolezza che questo fenomeno non si esaurisce solamente lungo questi due aspetti, vista la sua complessità<sup>23</sup>.

## **2. Le città intelligenti come attuazione del valore costituzionale dell'ambiente**

Un aspetto di interesse per lo sviluppo delle *smart city* attiene ad una delle grandi sfide che devono essere affrontate, ossia, il cambiamento climatico<sup>24</sup> e la tutela dell'ambiente. Da ciò deriva che la tematica delle città intelligenti è correlata alle politiche ambientali, a livello locale, riguardanti città, comunità e regioni. È essenziale quindi che la *green economy* sia intesa come conciliazione tra crescita economica e perseguimento di valori ambientali.

In questo senso la *smart city* deve essere interpretata come città sostenibile, posto che l'essere *smartness* di una determinata comunità coincide con il conseguimento di tale condizione: l'uso efficiente delle energie deve essere orientato al raggiungimento, nel medio-lungo periodo, della sostenibilità ambientale<sup>25</sup>. La città intelligente è una realtà con sensori, ovvero con avanzati dispositivi elettronici e tecnologici ideati per accrescere la qualità della vita degli individui che la abitano, al fine di migliorare le

---

<sup>22</sup> Precisamente il concetto di *smart city* allude alla visione di un ambiente favorevole sotto molteplici profili quali, ad esempio, l'accessibilità per le scelte razionali di mobilità sostenibile, l'adattabilità per l'applicazione di meccanismi intelligenti in relazione alla complessità dei servizi pubblici e delle problematiche urbane, la capacità di attrarre capitali e talenti, il contributo positivo degli enti pubblici, delle imprese private e delle società miste anche tramite la collaborazione in partnership, la promozione della diffusione della conoscenza e dello scambio di informazioni tra cittadini, amministrazioni e parti interessate con un forte impulso tecnologico ed informatico. S. ANTONIAZZI, *Smart city: diritto, competenze e obiettivi (realizzabili?) di innovazione*, in *Federalismi.it*, n. 10, 2019.

<sup>23</sup> E. FERRERO, *Le smart cities nell'ordinamento giuridico*, op. cit., p. 1280. L'attenzione riposta dalla riflessione scientifica in relazione alla tematica della *smart city* ha configurato un nuovo diritto, ossia un diritto della città quale nuovo ambito del diritto amministrativo. J.B. AUBY, *Per lo studio del diritto delle città*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *Il diritto che cambia*, Liber amicorum Mario Pilade Chiti, Napoli, 2016, p. 205 ss. Da questo deriva che «il diritto della città riguarda non solo la città sostenibile (ad esempio, sotto il profilo dell'efficienza energetica), ma, in senso più ampio, il diritto a vivere felici in città (e dunque il diritto *alla* città), ciò implicando anche rilevanti aspetti sociali che non possono essere ignorati o relativizzati quando si parla di città (e, in particolare, di città intelligente)». F. GASPARI, *Il social housing nel nuovo diritto delle città*, in *Federalismi.it*, n. 21, 2018, pp. 2-3. È stato osservato che il concetto di *smart city* allude ad un sistema integrato ed olistico comprendente differenti aspetti nonché diversi ambiti del sapere. D. SANTIAGO IGLESIAS, *From Smart Cities to Smart Communities: a Conceptual Approach*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal*, vol. 2, n. 1, 2021, pp. 33-45.

<sup>24</sup> In questo senso “interest in smart cities is motivated by major challenges, including climate change, economic restructuring, retail and entertainment services moving online, ageing populations, and pressures on public finances”. K. SU, J. LI, H. FU, *Smart city and the applications*. In *Proceedings of the IEEE*, International Conference on Electronics, Communications and Control (ICECC), Zhejiang, China, 9–11 September 2011, pp. 1028–1031.

<sup>25</sup> R. FERRARA, *The Smart City and the Green Economy in Europe: A Critical Approach*, in *Energies*, n. 8, 2015, pp. 4724-4734. Nell'ordinamento francese si tratta di “droit à la ville” ovvero il diritto a una città che faccia della sostenibilità il proprio carattere fondante: si segnala che Parigi si candida a diventare, entro il 2050, una *smart city* a livello europeo quale modello di vita cittadina che ha fatto della sostenibilità il proprio punto di forza oltre che di identificazione. J.B. AUBY, *Droit De La Ville*, Paris, 2013.

relazioni tra cittadino ed amministrazione e garantire risparmi economici e sostenibilità ambientale<sup>26</sup>.

Da questa prospettiva, l'esperienza della città intelligente, per quanto attiene all'ordinamento giuridico italiano, risulta essere strettamente connessa con la tutela dell'ambiente<sup>27</sup> che, a sua volta, rappresenta un valore costituzionale<sup>28</sup>.

È noto, infatti, che il concetto di ambiente<sup>29</sup>, già prima della riforma costituzionale del Titolo V<sup>30</sup>, sia transitato dall'essere mera materia ad un valore costituzionale<sup>31</sup> grazie all'intervento operato dalla Corte costituzionale che, con la propria giurisprudenza, ha realizzato una destrutturazione della materia ambiente facendo approdare l'ambiente all'interno del novero della «metafisica dei valori<sup>33</sup>». Questa interpretazione, ossia l'individuazione non di una materia in senso stretto ma di un valore costituzionale ha

---

<sup>26</sup> R. GURASHI, *Esplorando la sostenibilità sociale della smart city. I casi di Sydney e Okayama*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, fasc. 1, 2021, pp. 1-17. Si tratta di una città che possiede una doppia anima la quale affonda le radici non solamente in quella che è stata definita come la società del rischio, nella problematicità della scarsità delle risorse, ma anche in quella tecnologico-algoritmica. Si tratta di due direttrici fondamentali che portano la *smart city* ad essere maggiormente orientata verso l'una o l'altra a seconda dell'importanza che viene attribuita alla componente ambientale o tecnologica. F. BRIA, E. MOROZOV, *Ripensare la smart city*. Torino, Codice, 2018. M. CASTELLS, *La città delle reti*, Venezia, 2004.

<sup>27</sup> A riguardo si ricorda la proposta di Legge costituzionale recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente" (A.C. n. 3156). Sul punto vedansi i seguenti contributi: L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, *Federalismi.it – paper* - 23 giugno 2021; A.L. DE CESARIS, *Ambiente e Costituzione*, in *Federalismi.it, -paper* - 30 giugno 2021; G. DI PLINIO, *L'insostenibile evanescenza della costituzionalizzazione dell'ambiente*, in *Federalismi.it – paper* - 1 luglio 2021; T.E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it – paper* - 23 giugno 2021; I.A. NICOTRA, *L'ingresso dell'ambiente in Costituzione. un segnale importante dopo il Covid*, in *Federalismi.it – paper* - 30 giugno 2021; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'articolo 9*, in *Federalismi.it – paper* - 23 giugno 2021.

<sup>28</sup> In altri termini «il diffuso interesse per il modello di *smart city* deriva dalle incombenti problematiche ambientali, inclusi i cambiamenti climatici, in un complicato contesto socio-economico e di interessi pubblici e privati coinvolti (...). La politica elaborata nel corso degli anni, mediante concreti incentivi finanziari, è volta ad un processo di trasformazione urbana che integra, secondo una visione sistemica, le prospettive economica, ambientale, sociale e "culturale"». S. ANTONIAZZI, *Smart city: diritto, competenze e obiettivi (realizzabili?) di innovazione, op. cit.*, p. 22.

<sup>29</sup> Sul punto vedasi D. AMIRANTE, *Profili di diritto Costituzionale dell'ambiente*, in P. DELL'ANNO, E. PICOZZA (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Padova, 2012; G. CORDINI, *Principi costituzionali in tema di ambiente e giurisprudenza della Corte Costituzionale italiana*, in *Rivista giuridica dell'Ambiente*, 2009; P. DELL'ANNO, *La tutela dell'ambiente come "materia" e come valore costituzionale di solidarietà e di elevata protezione*, in *Ambiente e Sviluppo*, 2009; N. LUGARESI, *Diritto dell'ambiente*, Padova, 2008; A. CROSETTI, R. FERRARA, F. FRACCHIA, N. OLIVETTI RASON, *Diritto dell'ambiente*, Roma-Bari, 2008; B. CARAVITA, *Diritto dell'ambiente*, Bolino, 2005; D. SIMONELLI, *L'ambiente: bene unitario e valore Costituzionale*, in *lexambiente.it*, 2001; M. CECCHETTI, *Principi costituzionali per la tutela dell'ambiente*, Milano, 2000; M. COMPORTI, *Tutela dell'ambiente e tutela della salute*, in *Rivista giuridica dell'ambiente*, 1990.

<sup>30</sup> Avvenuta con l. cost. n. 3/2001.

<sup>31</sup> Per un approccio comparatistico Cfr. A.S. BRUNO, L. CASSETTI, *La tutela dell'ambiente tra incertezze globali e valore prescrittivo delle Costituzioni nazionali*, in *Federalismi.it*, n. 1, 2018.

<sup>32</sup> Questa concezione inizia a prendere le mosse della giurisprudenza degli anni Ottanta della Corte costituzionale, precisamente dalla sentenza n. 167/1987.

<sup>33</sup> L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, p. 144.

Questa attività interpretativa della Corte costituzionale non è andata esente da critiche poiché ha prodotto, quale risultato finale, una confusione tra il valore dell'ambiente con la materia ambiente andando, di conseguenza, ad alterare il significato nonché la funzione, sia dell'uno che dell'altro.

prodotto delle ripercussioni sui rapporti intercorrenti tra i diversi livelli di governo: alla rivendicazione di intervento da parte delle Regioni si è opposta la tendenza dello Stato ad utilizzare il «grimaldello<sup>34</sup>» del valore-ambiente per disciplinare ambiti materiali che sarebbero stati di competenza regionale<sup>35</sup>.

Prescindendo dalle problematiche che la qualificazione dell'ambiente quale valore, e non come materia, pone nei rapporti tra Stato e Regioni questa nuova interpretazione consente di considerare la sostenibilità, nell'accezione di crescita sociale<sup>36</sup> ed economica rispettosa dell'ambiente, come «uno dei principi fondamentali dell'ordinamento, non solo per assicurare la salvaguardia del habitat naturale o garantire il rispetto del diritto europeo, ma soprattutto perché la sua attuazione contribuisce positivamente alla qualità della vita<sup>37</sup>».

Da questa interpretazione emerge una stretta connessione tra l'attuazione del valore costituzionale ambiente e le politiche riguardanti lo sviluppo di *smart cities*.

Precisamente, dal combinato disposto delle disposizioni costituzionali fondanti lo statuto costituzionale dell'ambiente, ossia l'art. 2, 9 e 32 Cost., è possibile ricavare un *trait d'union* con lo spirito che innerva la città intelligente: la propensione per scelte

---

<sup>34</sup> G. DEMURO, M. BETZU, *La tutela paesistico-ambientale tra interessi territoriali "speciali" e generali esigenze di uniformità*, in *Le Regioni*, n. 4, 2006. Da qui si ricordi la qualificazione della materia ambiente come «materia trasversale», ossia una materia capace di tagliare, in senso verticale, il comparto di competenze regionali. Si veda Corte cost. n. 407/2002 secondo cui la definizione dell'ambiente come valore determina la realizzazione di «una sorta di materia "trasversale", in ordine alla quale si manifestano competenze diverse, che ben possono essere regionali, spettando allo Stato le determinazioni che rispondono ad esigenze meritevoli di disciplina uniforme sull'intero territorio nazionale». Con una pronuncia recente la Consulta ha evidenziato che «la tutela ambientale, infatti, ha sicuramente una portata trasversale e finalistica, in grado di condizionare talune competenze regionali, e in questi casi può anche lasciare spazio a scelte regionali che siano volte a tutelare *in melius* i valori ambientali. Essa evoca, tuttavia, anche un oggetto, l'ambiente appunto, che rimanda a un «bene della vita, materiale e complesso», una «entità organica» che richiede una salvaguardia del «tutto» e delle «singole componenti considerate come parti del tutto» (sentenza n. 378 del 2007; nello stesso senso sentenze n. 104 del 2008 e n. 367 del 2007)». Corte cost. n. 147/2019.

<sup>35</sup> D. PORENA, *L'ambiente come "materia" nella recente giurisprudenza della Corte costituzionale: "solidificazione" del valore ed ulteriore "giro di vite" sulla competenza regionale*, in *Federalismi.it.*, n. 2, 2009. Si deve aggiungere la considerazione, secondo cui, tutta la giurisprudenza costituzionale risulta essere incentrata sulla problematica della distribuzione dei poteri, in materia ambientale, piuttosto che sul contenuto degli stessi in quanto, dinanzi alle questioni tecniche, il Giudice delle Leggi «rimette (le stesse) alle istruttorie tipiche dei procedimenti amministrativi mediante l'interpretazione estensiva delle "riserve di amministrazione"». M. CECCHETTI, *La Corte costituzionale davanti alle "questioni tecniche" in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, n. 14, 2020, p. 63.

<sup>36</sup> In altri termini il modello di *smart city* avrebbe l'obiettivo di promuovere lo sviluppo economico sociale al fine ultimo di migliorare la qualità di vita che i cittadini conducono all'interno delle città, il tutto attraverso uno sviluppo di conoscenze e competenze trasversali. D. SCHURMAN, *Smart ideas for smart cities: Investigating crowdsourcing for generating and selecting ideas for ICT innovation in a city context*, in *Journal of Theoretical and Applied Electronic Commerce Research*, vol. 7, n. 3, 2012, pp. 49-62; C. VEECKMAN, S. VAN DER GRAAF, *The City as Living Laboratory: Empowering Citizens with the Citadel Toolkit*, in *Tech-nology Innovation Management Review*, March, vol. 5, n. 3, 2015, pp. 6-17; J.R. GIL-GARCIA, T.A. PARDO, T. NAM, *What makes a city smart? Identifying core components and proposing an integrative and comprehensive conceptualization*, in *Information Polity*, vol. 20, n. 1, 2015, pp. 61-87.

Per un approccio differente alla protezione ambientale vedasi G. PONDERATI, *An Islamic Perspective of Environmental Law and Policy*, in *AmbienteDiritto.it*, n. 1, 2021.

<sup>37</sup> L. SALVEMINI, *Dal cambiamento climatico alla modifica della Costituzione: i passi per la tutela del futuro (non solo nostro)*, in *Federalismi.it*, n. 20, 2021, p. 68.

ecosostenibili<sup>38</sup>, il riconoscimento del carattere sociale del concetto di ambiente naturale e salubre al cui ancorare un concetto di diritto alla salute che attiene all'uomo come nella sua qualità di partecipe alla comunità sociale<sup>39</sup>.

### **3. Infrastrutture, algoritmi e città intelligenti**

L'altro polo di indagine sul quale si è deciso di incentrare la riflessione attiene al ruolo di risalto che viene affidato all'intelligenza artificiale e all'automazione all'interno della più ampia indagine in tema di *smart city*. L'idea sottesa è che la città possa essere definita quale «ecosistema<sup>40</sup>» cui aggiungere l'aggettivo urbano: in esso convivono sia il dominio dell'uomo sia l'ecosistema naturale.

In questo senso è evidente che l'evoluzione tecnologica e digitale diviene soltanto uno strumento servente e strumentale della rivoluzione che si intende operare con la realizzazione della *smart city*, poiché il perno attorno al quale deve ruotare il cambiamento è la dimensione umana e sociale<sup>41</sup>. Sulla base di questa interpretazione gli strumenti ICT devono essere funzionali a consentire nuove modalità di confronto, di dialogo, di decisione e di deliberazione tra gli esseri umani, promuovendo la nascita di

---

<sup>38</sup> Si ricorda che, a partire dall'art. 9 Cost., riferito in un primo momento solamente alla tutela dei luoghi aventi particolare pregio naturalistico, si è pervenuti alla nozione di *habitat* naturale salubre.

<sup>39</sup> In questo senso si richiama una pronuncia delle Sezioni Unite secondo cui “la protezione della salute assiste l'uomo non (solo) in quanto considerato in una sua astratta quanto improbabile separatezza, ma in quanto partecipe delle varie comunità-familiare, abitativa, di lavoro, di studio ed altre -nelle quali si svolge la sua personalità. Accentuandosi il carattere di inerenza alla persona e di socialità del bene protetto, si rende manifesto che la protezione non si limita all'incolumità dell'uomo, supposto immobile nell'isolamento della sua abitazione o solitario nei suoi occasionali spostamenti e così fatto specifico bersaglio di azioni aggressive, ma è diretta ad assicurare all'uomo la sua effettiva partecipazione mediante presenza e frequentazione fisica, alle dette comunità, senza che ciò costituisca pericolo per la sua salute. La protezione si estende cioè alla vita associata dell'uomo nei luoghi delle varie aggregazioni nelle quali questa si articola, e, in ragione della sua effettività, alla preservazione, in quei luoghi, delle condizioni indispensabili o anche soltanto propizie alla sua salute”. Cass. Civ., sez. un., n. 5172/1979.

<sup>40</sup> “L'ecosistema urbano è dominato dall'uomo ma include l'ecosistema naturale, lo condiziona, lo usa, ma ne interiorizza i limiti fisici, tanto da fare di essi la guida all'innovazione green che dovrà essere capace di assicurare il progresso e la prosperità senza venirne travolto, togliendo alla città la linfa che attraverso la natura, l'acqua, l'aria e le risorse le consente di vivere”. E ancora aggiungono che “[i] sistemi urbani, forse i più complessi tra gli ecosistemi terrestri, sono fatti di macchine ed automi costruiti dall'uomo ma sono anche sistemi viventi nei quali agiscono animali, piante e persone. Gli ecosistemi urbani sono dunque sistemi naturali nei quali agiscono organismi viventi e uomini, entrambi con i loro apporti di capacità di trasformazione e costruzione di artefatti, di macchine, con la loro capacità cognitiva fatta di sensibilità, intelligenza, memoria ed una peculiare capacità evolutiva, fatta di attitudini alla riflessività ed all'adattamento dei propri comportamenti all'ambiente e di capacità emergenti di pianificare obiettivi e di aggiungere altra organizzazione e progredire”. C. DONOLO, T. FEDERICO, *La questione meridionale e le Smart Cities*, in *Riv. econ. Mezz.*, n. 1- 2, 2013, p. 196. Vi è anche chi ha trattato, in relazione alla *smart city*, di “ecosistema digitale integrato tra sorveglianza e profilazione” suscettibile di sostituire le dinamiche peculiari della costituzione del capitale e dei meccanismi di produzione. S. ZUBOFF, *The age of surveillance capitalism*, NYC, PublicAffairs, 2019, p. 88.

<sup>41</sup> In questo senso «Una città, dunque, per essere *smart* deve aumentare il benessere e la qualità della vita, fino ad arrivare a configurare un vero e proprio diritto della città, che implica non solo la sostenibilità della città (ad esempio, sotto il profilo dell'efficienza energetica), ma, in senso più ampio, il diritto a vivere felici in città (e dunque diritto *alla* città), ciò implicando anche rilevanti aspetti sociali che non possono essere ignorati o relativizzati quando si parla di *smart city*. La digitalizzazione è solo una componente (potremmo dire che è strumentale o servente) della rivoluzione, essendo centrali la dimensione umana e sociale del cambiamento». F. GASPARI, *Il social housing nel nuovo diritto delle città*, *op. cit.*, p. 6-7.

forme di «cittadinanza online<sup>42</sup>» e, in ultima istanza, una maggiore partecipazione democratica. L'accesso alle piattaforme digitali consente la realizzazione di contesti urbani non solamente più salubri ed efficienti ma anche aperti, inclusivi e creativi.

Posto che l'esperienza concreta della *smart city* impone di ripensare le nostre abitudini quotidiane<sup>45</sup>, la vera sfida diviene quella di non abbandonare la concezione di *civitas* quale fondamento della comunità diretta a rispondere ai bisogni dei cittadini<sup>46</sup>. Il riferimento va alle esperienze asiatiche e mediorientali le quali, progettate secondo il modello *top down*, sono città iper tecnologiche, automatizzate e robotizzate nelle quali è possibile sicuramente sperimentare soluzioni all'avanguardia<sup>47</sup> ma, al tempo stesso, sono foriere di paure e preoccupazioni, per la pervasività del controllo che può essere esercitato nei confronti dei cittadini<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> L. CECCARINI, *La cittadinanza on line*, Bologna, 2015.

<sup>43</sup> G. GANGEMI, (a cura di), *Dalle pratiche di partecipazione all'e-democracy*. Roma, 2015; N. UUBINATI, *Democrazia in diretta. Le nuove sfide alla rappresentanza*, Milano, 2013.

<sup>44</sup> M. CARTA, *Augmented City. A paradigm shift* Trento, List, 2017. In questo senso la *smart city* può essere interpretata quale «una piattaforma aperta all'innovazione e un laboratorio sperimentale per l'impegno civico». A. BERARDI, *La città come architettura dell'informazione ed esperienza*, in <http://trovabile.org/articoli/architettura-informazione-citta>.

<sup>45</sup> Il riferimento va alla *sharing economy*, all'*e-commerce* alla stessa modalità di fare *shopping*. Con riferimento all'economia digitale è stato evidenziato che ci si trova dinnanzi a un mercato nel quale sono presenti soggetti privati il cui potere dipende dalla possibilità di accedere a informazioni reperite tramite *Big Data* nonché dalle operazioni di analisi svolte sulle stesse dagli algoritmi ponendo a rischio la garanzia per molte libertà riconosciute dal costituzionalismo. F. PIZZETTI, *Privacy e il diritto europeo alla protezione dei dati personali. Dalla direttiva 95/46 al nuovo Regolamento europeo*, Torino, 2016, p. 9 ss. Per quanto attiene alla problematica degli algoritmi è stato evidenziato che «numerose applicazioni hanno dimostrato che gli algoritmi non sono matematica pura – come tale, infallibile e neutra – ma piuttosto opinioni umane strutturate in forma matematica che riflettono spesso [...] le precomprensioni di chi li progetta». A. SORO, *Persone in rete*, Roma, 2018, p. 117.

<sup>46</sup> S. PETTIROSSI, *Smart City: la Città autonoma*, in *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n. 3, 2020.

<sup>47</sup> Tra gli anni Ottanta e Novanta del XX secolo, prima ancora che si iniziasse a trattare di smart cities, parte della dottrina sociologica utilizzava la teoretica agente/network per illustrare la polisemia concettuale delle nuove tendenze emergenti in relazione alla innovativa fisionomia che stavano assumendo le diverse realtà locali. Questa teoria si fonda sulla una re-interpretazione organica della teoria dei sistemi: precisamente postula una integrazione organica tra dato ambientale e insieme umano, sia esso collettivo che individuale, a seguito di una ibridazione a network diretta ad agire sulla realtà contingente con l'obiettivo finale di renderla maggiormente democratica, governabile. In questa prospettiva il singolo, inteso come attore politico, risulta evanescente in quanto può riprendere ad operare nel contesto politico solamente alla duplice condizione di essere inserito nel contesto network sociale urbano e che risulti essere destinatario di detto *status* con il riconoscimento di un margine di operatività. A. POLLIO, *Città hacker e politiche mash-up*, in M. SANTANGELO, S. ARU, A. POLLIO, (a cura di), *Smart city. Ibridazioni, innovazioni, e inerzie nelle città contemporanee*, Roma, 2013, p. 69 ss.; M. CALLON, *The sociology of an Actor-Network: the case of the electric vehicle*, in M. CALLON, J. LAW, A. RIP (a cura di), *Mapping the dynamics of science and technology: Sociology of science in the real world*, London, 1996, p. 19 ss.; M. AKRICH, *The de-description of technical objects*, in W. BIJKER, J. LAW (a cura di), *Shaping technology. Building Society: studies in sociotechnical change*, Cambridge (MUS), 1992, p. 205 ss.; B. LATOUR, *Reassembling the social. An introduction to Actor-Network theory*, Oxford, 2005.

<sup>48</sup> Un esempio è il sistema presente a Songdo, in Sud Corea, il quale «denominato *U1-city operation center*, monitora e raccoglie dati 24 ore su 24 su ogni aspetto del funzionamento del centro urbano, dal traffico ai consumi privati, attraverso una fitta rete di telecamere a circuito chiuso e una miriade di sensori a basso consumo energetico disseminati ovunque, integrati negli oggetti di uso quotidiano». E. COEN, *Benvenuti a Songdo, l'incubo perfetto*, in <https://espresso.repubblica.it/plus/articoli/2017/01/05/news/benvenuti-a-songdo-l-incubo-perfetto->

Si tratta di esperienze urbane che, sebbene interconnesse ed efficienti, impongono, dall'altra parte, una accettazione di vita che risulta essere sempre monitorata, tracciata, connessa e controllata con conseguente compressione della creatività sociale, pervenendo ad «alimentare un regime della sorveglianza tale da rendere l'uomo una non-persona, l'individuo da addestrare o classificare, normalizzare o escludere<sup>49</sup>».

La raccolta dati, nonostante possa essere ritenuta maggiormente significativa e massiccia in alcuni scenari di società iper tecnologiche rispetto ad altri, è una problematica propria della «*network society*<sup>50</sup>» che riguarda non solamente le città ma ogni luogo. Si osserva come sia sufficiente uno *smartphone*, una connessione internet per consentire a società quali *Google, Facebook, Whatsapp* di offrire i propri servizi, usufruendo dei quali gli esseri umani lasciano copiose quantità di tracce digitali anche a prescindere dal contesto urbano/cittadino, il tutto, molte volte, in modo inconsapevole e liberamente circa stile di vita, spostamenti, preferenze.

La problematica non attiene alla contrapposizione tra boicottaggio o incentivazione al progresso tecnologico<sup>51</sup> quanto all'individuazione di strumenti nonché percorsi idonei a beneficiare dei vantaggi che le tecnologie possono apportare riducendo, contemporaneamente, le esternalità negative<sup>52</sup>. In particolare, al cittadino dovrebbe essere garantita una informazione piena, libera e consapevole, non influenzata da sistemi di *profiling e data mining*: sicuramente è prevista la possibilità che per i servizi offerti possano essere utilizzati, a fini promozionali, ad esempio, i dati raccolti in modo legittimo, ma è necessario che sia sempre possibile per il singolo utente non aderire a questa opzione permettendogli di sapere l'an e il *quantum* del trattamento stesso dei dati<sup>53</sup>. In altri termini, è auspicabile l'incontro tra un atteggiamento responsabile e

---

1.292942 (18/05/2020). Per quanto attiene a Masdar, l'unica città zero-carbon al mondo vedasi J. Vidal, *Masdar City – a glimpse of the future in the desert*, in <https://www.theguardian.com/environment/2011/apr/26/masdar-city-desert-future>.

<sup>49</sup> P. ANASTASIO, F. FABBRI, *Tecnologie senza regole? Il rischio e l'uomo non-persona*. in <https://www.key4biz.it/tecnologie-senzaregole-il-rischio-e-luomo-non-persona> (18.5.2020).

<sup>50</sup> M. CASTELLS, *The Network Society. A Cross-cultural Perspective*. Cheltenham, 2004.

<sup>51</sup> Per un approfondimento vedasi A. GREENFIELD, *Tecnologie radicali. Il progetto della vita quotidiana*, tr. it., Torino, 2017; D. D'ANDREA, *Pensare la soggettività senza natura umana. Materialità e immagini del mondo in Max Weber*, in *Cosmopolis. Rivista di filosofia e teoria politica*, n. 1, 2016.

<sup>52</sup> S. SCAGLIARINI, *La tutela della privacy e dell'identità personale nel quadro dell'evoluzione tecnologica*, in *ConsultaOnline*, fasc. 2, 2021, pp. 564-607.

Il tutto può essere riassunto con l'espressione secondo cui «il problema non è tecnologie sì o no, ma tecnologie come». A. SANTOSUOSSO, *La regola, l'eccezione e la tecnologia*, in *BioLaw Journal*, n. 1, 2020, *Special Issue*, p. 612.

Si segnala altra parte della dottrina la quale ha sostenuto che grazie alle “tracce” lasciate dai soggetti gli algoritmi possono prevedere, in maniera abbastanza semplice, i nostri comportamenti producendo, quale conseguenza ulteriore, una influenza per quanto attiene alla costruzione della personalità del soggetto stesso che, in questo modo, non sarebbe più libera ma determinata da meccanismi che sfuggono al controllo del soggetto stesso. V. MOLASCHI, *Algoritmi e nuove schiavitù*, in *Federalismi.it*, n. 18, 2021, pp. 205-234.

<sup>53</sup>A titolo esemplificativo “se un frigorifero può informarmi che il latte sta per scadere o se un semaforo posizionato in una intersezione semaforizzata può esser in grado di rilevare la dinamica di un sinistro, io devo sapere se il frigorifero per compiere quella sua operazione si deve relazionare con strumenti o dati esterni al mio ambiente domestico e sulla base di quali *standard* e parametri il sensore sul semaforo formula la sua ricostruzione della dinamica del sinistro”. A. VENANZONI, *Smart cities e capitalismo di sorveglianza: una prospettiva costituzionale*, in *Forum Quad. cost.*, 20.10.2019, p. 24.

cosciente dell'individuo e un'attività di non-sorveglianza da parte dei pubblici poteri<sup>54</sup>: una *smart city*, infatti, può essere illustrata, metaforicamente, come una ragnatela di dati che vengono raccolti, processati ed immagazzinati<sup>55</sup>; in questo senso è necessario che il cittadino sia attento e consapevole dell'utilizzazione dei propri dati mediante le differenti connessioni comunicative che vengono sviluppate<sup>56</sup>.

Il ricorso all'utilizzazione di *big data* e algoritmi predittivi diviene una modalità di *governance* per consentire alle autorità di gestire l'allocazione delle risorse alla luce dei comportamenti e delle preferenze dei singoli soggetti<sup>57</sup>. Appare chiaro che tale sistema consente non solamente una maggiore efficienza ma anche una maggiore equità in relazione alla consegna dei servizi governativi: attraverso lo studio dei dati può effettuare migliori valutazioni rispetto a una elaborazione "umana" per quanto concerne, ad esempio, la priorità da accordare a famiglie bisognose in relazione alle risorse assistenziali da fornire, divenendo, di conseguenza, un supporto per il governo nell'erogazione dei servizi sociali<sup>58</sup>.

Se quanto appena esposto risulta essere corretto è doveroso ricordare che gli stessi algoritmi predittivi comportano delle insidie: una volta sviluppati o implementati in maniera impropria gli algoritmi possono mascherare pregiudizi incorporati negli stessi dati raccolti, oppure manifestare preferenze che divergono dalle impostazioni "di sistema"<sup>60</sup>.

---

<sup>54</sup> Proprio per la difficoltà di individuare un punto di equilibrio è stato evidenziato che "la *smart city*, in altre parole, è in parte realtà e in parte progetto utopico. Le sue principali coordinate sembrano essere il confort, da un lato, e la sicurezza dall'altro, entrambi conseguiti attraverso l'innovazione tecnologica, in particolare quella digitale". P. COSTA, *La sicurezza della global city. Prassi globale e critica costituzionale*, in *Costituzionalismo.it.*, fasc. 2, 2018, p. 102.

<sup>55</sup> È stato evidenziato che "la *governance* da parte degli algoritmi sarebbe possibile a condizione che si provvedesse ad aumentare la potenza della rete al fine di consentire la raccolta, la conservazione e, infine, l'analisi di grandi quantità di dati. Le città potrebbero sfruttare questi dati per razionalizzare e automatizzare il funzionamento dei servizi pubblici e delle infrastrutture (come i servizi sanitari, la sicurezza pubblica, l'accesso ai sistemi di giustizia, l'istruzione, i trasporti e l'energia). In questo processo un ruolo centrale è assunto dagli appaltatori privati ai quali l'amministrazione locale affida la gestione di questi servizi. Da qui l'emersione di profili di responsabilità tipici dell'esternalizzazione dei servizi". Nostra traduzione non letterale dall'inglese. R. BRAUNEIS, E.P. GOODMAN, *Algorithmic Transparency for the Smart City*, in *Yale Journal of Law and Technology*, n. 20, 2018, p. 111.

<sup>56</sup> L'aspetto da sottolineare è che la tecnologia avanzata permette una pervasiva possibilità di controllo esperibile da parte della stessa cittadinanza sulla scorta di un'idea di democrazia partecipata e digitale, cioè, di una sorveglianza democratica continua, di una particolare forma di partecipazione ai meccanismi decisionali all'interno dell'ecosistema urbano integrato. P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia*, Roma, Castelvecchi, 2012, p. 69; G. FIORIGLIO, *Democrazia elettronica. Presupposti e strumenti*, Padova, 2017, p. 15.

<sup>57</sup> M. JANSSEN, G. KUK, *The Challenges and Limits of Big Data Algorithms in Technocratic Governance*, in *GOVT INFO. Q.* n. 33, 2016, pp. 371-377.

<sup>58</sup> E. M. KITZMILLER, *IDS Case Study: Allegheny County*, in *Actionable Intelligence For Soc. Pol'y*, 2014.

<sup>59</sup> È stato sostenuto che un algoritmo predittivo "effettivamente cela i giudizi soggettivi dei programmatori che si traducono, all'atto pratico, nella scelta di quali dati utilizzare, quali dati includere o escludere, come interpretare un dato e quali informazioni utilizzare per enfatizzare un determinato aspetto". Nostra traduzione non letterale dall'inglese. H. SURDEN, *Values Embedded in Legal Artificial Intelligence* in *Univ. Colo. Law Legal Studies, Research Paper*, vol. 5, n. 17-17, 2017.

<sup>60</sup> L'inefficacia di un algoritmo può dipendere da diverse circostanze: un ragionamento induttivo errato, una implementazione dei dati avvenuta sulla scorta di una differente importanza fornita ai dati di partenza suscettibile di influenzare l'intero processo decisionale, una scorretta interpretazione e/o selezione dei dati sui quali poi verrà basata la decisione finale. In questo senso «il calcolo algoritmico potrebbe risultare

Ulteriore elemento di pericolo concerne il coinvolgimento di fornitori privati nella fase di progettazione algoritmica dalla quale può discendere la non trasparenza dell'azione pubblica, la perdita di potere e di responsabilità degli stessi funzionari pubblici<sup>61</sup>. Questi ultimi, infatti, nel momento in cui cedono lo sviluppo dell'algoritmo a fornitori privati potrebbero non essere a conoscenza della politica di decisioni che sono incorporate in quegli algoritmi<sup>62</sup>.

In questo senso, è auspicabile che una società fondata prevalentemente su sistemi tecnologici e di intelligenza artificiale finalizzati a conseguire maggiore efficienza per quanto concerne il trasporto urbano, la riduzione delle emissioni, lo smaltimento dei

---

errato per svariati motivi concernenti errori relativi all'immissione di dati, errori realizzati dal calcolo effettuato dallo stesso *computer*. Gli algoritmi, infatti, sono creazioni umane soggette a errori, proprio come qualsiasi attività umana». Nostra traduzione non letterale dall'inglese. Amended Summary Judgment Op., Hous. Fed'n of Teachers v. HOUS. Indep. Sch. Dist., Civil Action No. H-14-1189, at \*13 (S.D. Tex. May 4, 2017).

<sup>61</sup> Al fine di evidenziare la portata del fenomeno si richiama una pronuncia del TAR Lazio la quale ha qualificato il *software* quale atto amministrativo idoneo a costituire, modificare o estinguere singole situazioni giuridiche. TAR Lazio, n. 3769/2017. L'interrogativo che sorge da questa pronuncia è, sia i giudici, sia i cittadini possono conoscere ed accettare i risultati di una decisione che dipende in maniera esclusiva da uno strumento tecnico. A.G. OROFINO, *The Implementation of the Transparency Principle in the Development of Electron-ic Administration*, in *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, n. 1-2, 2020, p. 153 ss.; I. FORGIONE, *Il caso dell'accesso al soft-ware MIUR per l'assegnazione dei docenti*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, p. 647 ss. Alla pronuncia appena citata ha fatto seguito altre del Consiglio di Stato che, a contrario, hanno focalizzato l'attenzione sulla maggiore intellegibilità degli algoritmi: con esse, precisamente, si presume che l'amministrazione sia capace di operare una specie di "traduzione" dalla norma tecnica a quella giuridica. Cons. Stato, Sec. VI, 8 April 2019, n. 2270; Cons. Stato, Sec. VI, 13 December 2019, n. 8472; Cons. Stato, Sec. VI, 4 February 2020, n. 881. Sul punto vedasi: S. SASSI, *Gli algoritmi nelle decisioni pubbliche tra trasparenza e responsabilità*, in *Analisi giuridica dell'economia*, 2019. Viene sostenuto dalla dottrina che, la conclusione alla quale giungono i Giudici di Palazzo Spada, non provvede a distinguere le diverse tipologie di algoritmi che vengono utilizzati. Qualora venissero utilizzati algoritmi di machine learning, infatti, si assisterebbe ad una lesione del principio di trasparenza per la pubblica amministrazione in quanto la stessa pubblica amministrazione non sarebbe in grado di conoscere il processo che ha condotto all'assunzione della decisione finale. Da ciò emerge come le dinamiche e le logiche sottese all'algoritmo non sono di semplice comprensione ed impongono l'acquisizione di competenze specifiche sia in capo al cittadino che alla pubblica amministrazione. Si assiste, di conseguenza, ad una tensione tra il principio di imparzialità e di trasparenza che risulta essere sbilanciato a favore del primo: a seguito della giurisprudenza del Consiglio di Stato si assiste, difatti, a sacrificio del principio di trasparenza a favore dell'efficienza e dell'imparzialità che dovrebbe essere propria del sistema algoritmico. A. DI MARTINO, *The relationship between Law and Technique in the construction of Administration by algorithms*, in *European Review of Digital Administration & Law – Erdal* – vol. 2, n. 1, 2021, pp. 199-215. In tale direzione "l'effettività delle garanzie giuridiche richiede, necessariamente, di apportare delle modifiche a quanto attualmente vigente in materia di trasparenza e di accesso alle informazioni nel settore pubblico, oltre all'estensione di applicazione delle disposizioni già in essere. In particolare, sarebbe opportuno che venisse dettata una disciplina concernente non solamente la conoscenza del risultato reso dal *software* o dal sistema di informazione, ma soprattutto dell'origine dei dati utilizzati, della natura e dell'impatto del trattamento effettuato tramite elaborazione algoritmica". Nostra traduzione non letterale dall'inglese. J.V. TORRIJOS, *The legal guarantees of artificial intelligence in administrative activity: reflections and contributions from the viewpoint of Spanish administrative law and good administration requirements*, in *European Review of Digital Administration & Law*, vol. 1, n. 1-2, 2020, p. 58.

<sup>62</sup> L. EDWARDS, *Privacy, Security and Data Protection in Smart Cities: A Critical EU Law Perspective*, in *Eur. Data Protection L. Rev.*, vol. 28, n. 2, 2016, p. 33.

rifiuti, il sistema di illuminazione e riscaldamento degli edifici e a rendere la pubblica amministrazione sempre più reattiva e interattiva<sup>63</sup>.

#### **4. Il digital banking nella smart city**

Si è detto che la *smart city* è un ecosistema, che favorisce lo sviluppo di altre forme di impresa. Fra le imprese che beneficiano del microcosmo in parola vi sono sicuramente le attività di natura bancaria e finanziaria. I sistemi di pagamento, *in primis*, che con le specifiche normative dell'Unione hanno già ricevuto un significativo impulso negli ultimi anni, rappresentano il corollario di questo modello, in cui la mobilità viene di fatto scoraggiata, certamente non invogliata, e la *branch*, la filiale<sup>64</sup>, diventa ridondante fattore nella strategia di crescita della banca.

La *smart bank* rappresenta l'eponimo di una *lex argentaria*, di una normativa bancaria e finanziaria, che si proietta, prima ancora degli altri settori del diritto, verso la digitalizzazione, dunque il *digital banking*. Può sembrare paradossale che il *digital banking* nasca dalle ceneri delle banche così dette universali le quali imperavano prima della crisi finanziaria del 2007/2008<sup>65</sup>, e che, soprattutto nella realtà anglo-americana, si sono scisse in *commercial banking* e *investment banking*<sup>66</sup>, oppure sono del tutto scomparse, in taluni casi esizialmente<sup>67</sup>. In questo secondo caso, è emerso *ex novo* un modello di banca nazionale, piuttosto che internazionale, emanazione dalla stessa operatività commerciale, che ne costituisce la proprietà. L'esempio di Tesco Bank e Sainsbury Bank nel Regno Unito, banche di due colossi della distribuzione, catene di supermercati, è prova di questo fenomeno in cui sembra esservi un *continuum* fra cliente che fa spesa e cliente che deposita soldi (ovvero li investe).

In ogni caso, da questo nuovo scenario, si appalesa un modello di banca digitale, appunto *smart* nell'accezione anglo-italiana, la quale riduce al minimo le proprie presenze fisiche sul territorio, ma potenzia i suoi servizi dell'*online banking*, ora definibile *digital banking* dato l'alto livello tecnologico che viene richiesto.

Nella *smart city*, gli strumenti tradizionali di pagamento, basati sulla carta (il *bill of exchange*, dunque la cambiale, il *cheque*, l'assegno) sembrano segnare il passo, a beneficio di strumenti totalmente informatizzati. Il *credit transfer* e il *debit transfer* sembrano rientrare perfettamente in questo concetto, anche se non del tutto disarticolati da un passato antico, in quanto l'antenato storico è il termine inglese "giro", dalla omonima parola latina, che sta a indicare proprio la circolarità di tali operazioni. Nel primo, il *credit transfer*, vi è la comunicazione dal *payer*, il pagatore, alla propria banca

---

<sup>63</sup> C. NAPOLI, *La smart city tra ambizioni europee e lacune italiane: la sfida della sostenibilità ambientale*, in *Le Regioni*, n. 2, 2019, p. 449. A. SANDULLI, *Lo «Stato digitale» pubblico e privato nelle infrastrutture digitali nazionali strategiche*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 2, 2021, p. 513 ss.

<sup>64</sup> Nella letteratura in inglese, il concetto di *branch*, di filiale, viene analizzato da M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, London and New York, 2020, pp. 112-114.

<sup>65</sup> In merito alla *bank structure*, cfr., M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 103-120.

<sup>66</sup> Cfr. K. ALEXANDER, *Principles of Banking Regulation*, Cambridge, 2019, pp. 1-8. Sul concetto di *commercial bank* e *investment bank*, cfr. anche M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, cit., pp. 116-117. È da ricordare che, alla luce del principio di separatezza banca-industria, ad una società o impresa commerciale non è proibita l'acquisizione di una partecipazione in una banca, previa autorizzazione dell'Autorità di vigilanza, ove vengano superate soglie rilevanti.

<sup>67</sup> Lehman Brothers, fino a settembre 2008, banca globale, ne può costituire l'esempio più lampante.

di effettuare il pagamento al beneficiario, *payee*. Sotteso a ciò è l'esistenza di fondi presso il *payer*, per i quali si chiede il trasferimento, in tutto o in parte, presso un conto di un beneficiario<sup>68</sup>.

Nel secondo, *debit transfer*, si assume che vi sia una comunicazione dal *payee* al *payer*, in base alla quale si danno istruzioni di trasferire fondi dal conto del primo. Tipico esempio è il *direct debit*, di prassi nella realtà anglo-americana, ad esempio in Gran Bretagna, in cui vi è una autorizzazione del *payer*<sup>69</sup> alla banca a consentire al *payee* di richiedere, ad una determinata scadenza, i fondi necessari per coprire il costo periodico di una utenza.

Lo *smartphone* diventa lo strumento di gestione del rapporto bancario, ma anche della transazione commerciale, in sostituzione della moneta, per effetto dell'entrata in campo di operatori non bancari che sono autorizzati a gestire il trasferimento di moneta<sup>70</sup>; la controparte bancaria diventa evanescente, in quanto non rappresentata più nella sua interlocuzione da un operatore, seppur in via remota, ma da una macchina.

Le stesse categorie privatistico-contrattuali dei *vitiating factors*<sup>71</sup>, dei vizi del consenso, vengono poste sotto stress, atteso che non è tanto il rapporto con una parte forte, caratterizzata da sembianze fisiche, ad aver rilievo, quanto piuttosto l'interlocuzione con un algoritmo, che altera ulteriormente il rapporto, di per sé squilibrato, a detrimento della parte sempre più debole. Di qui l'esigenza di rivedere modelli di tutela del consumatore e, nel settore specifico, del depositante e investitore che appaiono fondati su discipline di tipo formale, basate sulla quantità della *documentation*<sup>72</sup>, piuttosto che sulla effettività della tutela.

---

<sup>68</sup> A sua volta, come enfatizzato in dottrina (J. CHIU, J. WILSON, *Banking Law and Regulation*, Oxford, 2019, 103), il *credit transfer* può essere connesso ad un ordine individuale (*one-off*) o ad un ordine periodico, quest'ultimo definito *standing order*.

<sup>69</sup> Si tratta di un vero potere di una *authority*, di natura contrattuale (I H-Y CHIU, J. WILSON, *op. cit.*, p. 104).

<sup>70</sup> Nell'ultimo decennio vi è stata una crescita di fornitori di servizi di pagamento non bancari, terzi alle parti contraenti, eppure autorizzati a svolgere tali servizi. Il testo legislativo di riferimento è la *Payment Services Directive* (EU) 2015/2366 (più precisamente, in inglese "Directive (EU) 2015/2366 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 on payment services in the internal market, amending Directives 2002/65/EC, 2009/110/EC and 2013/36/EU and Regulation (EU) No 1093/2010, and repealing Directive 2007/64/EC"). Tale normativa ha consentito la piena legittimazione di una infrastruttura tecnologica del tutto innovativa. Nella letteratura internazionale, cfr. sul punto I. H-Y CHIU, *A New Era in FinTech Payment Innovations? A Perspective from the Institutions and Regulation of Payment Systems*, in *Law, Innovation and Technology*, 2017, p. 190 ss., online. La *Payment Services Directive* (EU) 2015/2366 (la PSD II) estende i soggetti che possono fornire servizi di pagamento creando due tipologie di fornitori: il *Payment Initiation Service Provider* (PISP) e l'*Account Information Service Provider* (AISP). In aggiunta a ciò, la PSD2 introduce un *Account Servicing Payment Services Provider* (ASPDP), il quale identifica e distingue il fornitore (normalmente una banca) ove il conto di pagamento del cliente è detenuto. I clienti possono usare i PISPs e gli AISPs allorché il loro conto sia accessibile online, e quando abbiano dato espresso consenso affinché i dettagli del loro conto siano accessibili ai fornitori. Cfr. nella letteratura inglese I. Y-I CHIU, J. WILSON, *Banking Law and Regulation*, Oxford, 2019, p. 121. Per i principi generali relativi ai tradizionali sistemi di pagamento, si rimanda nella letteratura inglese a R. CRANSTON, E. AVGOULEAS, K. VAN ZWIETEN, C. HARE, T. VAN SANTE, *Principles of Banking Law*, Oxford, 2017, pp. 335-360.

<sup>71</sup> Errore, dolo e violenza nel modello italiano, nel Regno Unito e, soprattutto, nel diritto inglese, la *misrepresentation*, *duress*, *error (mistake)* nel *common law*, con in aggiunta dell'*undue influence* nell'*equity*. Come noto, in tema di tutela degli investitori, ossia di acquirenti di prodotti di investimento, tale disciplina si basa sulla MiFID I, sostituita poi, dal 2014, dalla MiFID II, entrambe di ispirazione dell'Unione.

Sotto una nota più positiva, è da evidenziare che la *smart city* potrebbe costituire - in un contesto generale in cui le banche, soprattutto quelle europee, appaiono versare in una fase post-traumatica – il luogo in cui sviluppare mercati locali di strumenti finanziari, locali borse valori, le quali potrebbero tornare in auge dopo che la globalizzazione di trenta anni addietro le aveva rese obsolete<sup>73</sup>. L’offerta e la domanda di strumenti finanziari potrebbero trovare un nuovo impulso, al fine di quotare titoli emessi da un soggetto che abbia sede proprio in quel contesto di *smart city* ovvero al fine di emettere prodotti, ad esempio di debito, connessi alla sostenibilità di quel microcosmo. Il mercato dei capitali della *smart city*, grazie alla sua digitalizzazione, sarebbe in grado di raggiungere investitori posti nelle più disparate parti del pianeta.

Il concetto di *smart city* potrebbe essere associato ad un uso più innovativo delle operazioni di finanza internazionale, in particolare quelle di cartolarizzazione<sup>74</sup>, da implementarsi attraverso un portafoglio di crediti di natura sostenibile a beneficio dei residenti della *smart city*, per rendere le abitazioni già esistenti maggiormente sostenibili, oppure per realizzare *ex novo* abitazioni di natura sostenibile<sup>75</sup>.

Crediti di siffatta natura, verrebbero ceduti ad un veicolo, nell’ambito di una normale dinamica di cartolarizzazione quali operazioni finanziarie, ma i relativi titoli non verrebbero quotati presso un mercato nazionale, ma presso una borsa valori locale, sempre di tipo privatistico, che avrebbe sede nella stessa *smart city*: è quello che è stato già definito, in questo paragrafo, quale *smart city stock exchange*<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> È ben noto che la privatizzazione dei mercati borsistici, avvenuta trenta anni addietro, ha di fatto comportato la “morte” dei mercati borsistici locali, prima gestiti in forma pubblicistica presso ciascuna Camera di Commercio (R. COSTI, *Il mercato mobiliare*, in S. GILOTTA (a cura di), Torino, 2020, *passim*; F. ANNUNZIATA, *La disciplina del mercato mobiliare*, Torino, 2019, *passim*). In realtà, la privatizzazione del mercato borsistico non necessariamente implicava un monopolio di tipo nazionale dell’esercizio organizzato di negoziazione di strumenti finanziari. Il modello da realizzarsi avrebbe potuto essere, ed anzi potrebbe essere, quello di una pluralità di mercati borsistici locali, in cui un ideale “*smart city stock exchange*” operi su base sempre privatistica, e tratti strumenti finanziari “a chilometro zero”, in quanto legati al territorio dell’emittente, prossimo a quello di localizzazione di quel mercato, e con finalità di sostenibilità. In quest’ultimo caso la sostenibilità sarebbe connessa o al fatto che l’azienda emittente stessa sia “sostenibile” nel suo oggetto sociale, ovvero emetta titoli, quali bonds, che abbiano finalità *lato sensu* ambientale.

<sup>74</sup> In tema di cartolarizzazioni, si permette di fare riferimento a P. DE GIOIA CARABELLESE, *Cartolarizzazioni semplici, trasparenti e standardizzate. Dallo shadow banking and techno banking*, Bari, 2020. In inglese, si permette di fare riferimento a M. HAENTJENS, P. DE GIOIA CARABELLESE, *European Banking and Financial Law*, *op. cit.*, pp. 247-262. Cfr. anche, sul tema parallelo dello *shadow banking*, I. H-Y CHIU, I. MACNEIL (eds), *Research Handbook on Shadow Banking: Legal and Regulatory Aspects*, Cheltenham and Northampton, 2018.

<sup>75</sup> La finanza sostenibile quale riflesso più generale di una finanza etica si legge in U. BIGGERI, G. FERRI, F. IELASI, *Finanza etica*, Bologna, 2021.

<sup>76</sup> Una ulteriore implementazione di quanto appena sostenuto potrebbe dar vita ad una nuova interpretazione delle stesse operazioni di cartolarizzazione, le quali non sarebbero solamente sostenibili o verdi, ma potrebbero finanche recepire il dettato costituzionale in tema di risparmio, di cui all’art. 47, comma 2. In sostanza, la tesi che si vorrebbe avanzare, orientata verso obiettivi di finanza sostenibile, richiede il supporto di espliciti fondi pubblici da destinare a protezione del capitale investito in queste transazioni finanziarie; si assisterebbe quindi alla concretizzazione di due principi costituzionali, quello di tutela dell’ambiente e quello sancito nell’art. 47, Costituzione. In questo senso, il risparmio assolverebbe alla funzione di protezione del singolo risparmiatore ed avrebbe altresì valenza di solidarietà sociale poiché orientato ad uno scopo diretto a garantire il benessere della collettività. Il risparmio assumerebbe quindi connotazioni di solidarietà sociale coerenti con una delle tante azioni promosse dalla Repubblica, facendo affluire denaro privato in investimenti finanziari protetti dallo Stato. Cfr. F. MERUSI, *Art. 47*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna, 1980, pp. 153-157. G. VIGNOCCHI, *Il*

Non solo: il veicolo potrebbe anche divenire cessionario di crediti di natura pubblicistica concessi da banche ad imprese e finalizzati a sviluppare infrastrutture della *smart city*, in particolare trasporti e altre forme più moderne di movimentazione urbana. Anche in questo caso il veicolo cessionario emetterebbe titoli da quotarsi presso il mercato locale della *smart city*. La raccolta di tale capitale andrebbe quindi ad incrementare la liquidità presso la stessa *smart city*, in tal modo facendo aumentare il generale benessere dei suoi *stakeholders*.

### **5. La sostenibilità quale metodologia**

L'esposizione condotta fino a questo momento ha posto in luce la peculiarità della *smart city*, cioè, l'essere un punto di incontro per l'inizio di una forma di interazione tra un mondo biologico e un mondo artificiale algoritmico. Questa forma di ibridazione biologico-digitale è suscettibile di determinare una crisi circa la definizione di ordinamento<sup>77</sup> poiché va oltre i confini, rigidi, definitivi adottati fino ad ora.

È stato osservato, quindi, come sarebbe maggiormente corretto trattare di «ordinamento di ordinamenti<sup>78</sup>» al fine di descrivere una realtà urbana sempre più complessa ma al tempo stesso dinamica in quanto idonea, nonché preparata, ad affrontare e ad adattarsi ai costanti cambiamenti ambientali<sup>79</sup>. Si assiste all'emersione, quindi, di una

---

*servizio del credito nell'ordinamento pubblicistico italiano*, Milano, 1968; M. NIGRO, *Profili pubblicistici del credito*, Milano, 1969; M. PORZIO, *Il governo del credito*, Napoli, 1976; P. VITALE, *Pubblico e privato nell'ordinamento bancario*, Milano, 1977; F. CAPRIGLIONE, *Intervento pubblico e ordinamento del credito*, Milano, 1978; S. CASSESE, *La divisione del lavoro bancario. Distribuzione funzionale e territoriale del credito dal 1936 ad oggi*, in *Economia italiana*, 1983, p. 375 ss.; M. ATRIPALDI, *La tutela del risparmio popolare nell'ordinamento italiano. Dinamiche attuative dell'art. 47, II comma, Cost.*, Napoli, 2014; R. COSTI, *L'ordinamento bancario*, Bologna, 2007; R. COSTI, *Tutela del risparmio e Costituzione: storia e attualità dell'art. 47*, in *Banca, Impresa e Società*, fasc. 3, 2018; G. MINERVINI, M. ONADO, *Efficienza dei sistemi finanziari e tutela del risparmio*, in G. TESAURO, D. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2000, p. 125; T. PADOA SCHIOPPA, *Il governo dell'economia*, Bologna, 1997.

<sup>77</sup> Si afferma, di conseguenza, la problematica attinente al rapporto che deve intercorrere tra evoluzione tecnologica e diritto. La dottrina ha evidenziato che, da un lato, il diritto deve rincorrere gli sviluppi scientifici e, dall'altro, la tecnica si deve porre a servizio del diritto stesso mettendo a disposizione una serie di strumenti funzionali alla soddisfazione dei bisogni che connotano un ordinamento giuridico. A.G. OROFINO, *Forme elettroniche e procedimenti amministrativi*, Bari, 2008. Altra parte della dottrina, invece, ha sostenuto che la tecnica deve sottostare al controllo della politica o, altrimenti, essere eterodiretta. G. FINOCCHIARO, *Riflessioni su diritto e tecnica*, in *Il diritto dell'informazione e dell'informatica*, 2012, p. 838. Per ulteriori approfondimenti vedasi F. SALMONI, *Le norme tecniche*, Milano, 2001; C. VIDETTA, *L'amministrazione della tecnica*, Napoli, 2008; S. CASSESE, *Nel labirinto delle globalizzazioni*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2007, p. 921 ss.; L. MENGONI, *Diritto e tecnica*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 2001, p. 1 ss.; N. IRTI, *Il diritto nell'età della tecnica*, Napoli, 2007; N. IRTI, E. SEVERINO, *Dialogo su diritto e tecnica*, Roma-Bari, 2001; V. FROSINI, *Il diritto nella società tecnologica*, Milano, 1981; C. FARALLI, *Diritto, diritti e nuove tecnologie*, Napoli, 2018; V. BACHELET, *L'attività tecnica della pubblica amministrazione*, Milano, 1967; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985.

<sup>78</sup> S. ROMANO, *L'ordinamento giuridico*. Firenze, 1977.

<sup>79</sup> L.A. COWARD, N.A. SALINGAROS, *The Information Architecture of Cities* in *Journal of Information Science*, n. 30, 2004, p. 107 ss.

In questo senso vi è chi ha trattato di realtà urbana quale "organismo dotato di una propria autonoma intelligenza". S. PETTIROSSI, *Smart City: la Città autonoma, op. cit.*, p. 3.

«intelligenza collettiva<sup>80</sup>» che si realizza grazie all'incremento delle forme di interazione sociale e connotata da una sensibilità per quanto attiene alla sostenibilità intesa in senso ampio a cui si contrappone la «*data driven intelligence*<sup>81</sup>».

In questo senso, se si analizza il c.d. modello europeo di *smart city*<sup>82</sup>, orientato verso la sostenibilità ambientale, la rigenerazione dei centri storici e l'inclusione sociale, l'obiettivo, sicuramente ambizioso, diviene quello di «coniugare l'antico con il moderno, la piazza medioevale con la wi-fi gratuita, il palazzo rinascimentale con la realtà aumentata, innestando livelli crescenti di innovazione in città connotate da secoli di stratificazione storica, sociale, artistica e architettonica<sup>83</sup>».

Una *smart city* conforme al principio personalista<sup>84</sup>, principio che anima la Carta costituzionale italiana, vede quale attore principale il cittadino: quest'ultimo viene spinto ad utilizzare i servizi urbani di natura pubblica per aumentare l'efficienza e la sostenibilità grazie, ovviamente, alla generazione di dati preordinati a rendere effettivo lo sviluppo della città, viene incoraggiato, altresì, a contribuire alla costruzione di un modello idoneo a fondere insieme i concetti di natura, uomo e tecnica<sup>85</sup>.

Una *smart city*, come sopra delineata, assume le caratteristiche di un microcosmo con forti specificità e peculiarità, *in primis* di tipo sociologico ed economico prima ancora che giuridico. Anche per effetto di ciò, la *regulation*, la normativa di settore, che fino ad ora non è intervenuta, quanto meno in Italia, a regolare il fenomeno, potrebbe costituire il volano per il decollo di un modello che sembra avere caratteristiche molto meno astratte della "città del sole" di Campanelliana memoria. Questa *regulation*, non di settore, ma di area geografica, presupporrebbe la creazione di enti *ad hoc*, con potere normativo molto accentuato, forse maggiore di quello che in Italia è conferito alle attuali Regioni. Ciò, peraltro, andrebbe anche coordinato con una Costituzione italiana in cui, negli ultimi decenni, vi sono state riforme del regionalismo, ma secondo linee evolutive non sempre facili da cogliere, anzi molto criptiche.

D'altro canto, in Italia il tema della *smart city* e la sua implementazione troverebbero un limite non solo nella attuale inesistenza di un organo politico che la rifletta (e di un potere normativo in tal senso), quanto anche nella mancanza di risorse finanziarie a disposizione della *smart city*. Per contro, vi sono legislazioni come quella britannica, in

---

<sup>80</sup> C. HARRISON, B. ECKMAN, R. HALMINTON, P. HARSTICK, J. KALAGNANAM, J. PARASZCZAK, P. WILLIAMS, *Foundations for Smarter Cities*, in *IBM Journal of Research and Development*, vol. 54, n. 4, 2010, p. 1 ss.

<sup>81</sup> L. KOMNINOS, L. MORA, *Exploring the Big Picture of Smart City Research*, in *Scienze Regionali*, n. 1, 2018, pp. 15-38.

<sup>82</sup> Si rammenta che vi sono altri due modelli: asiatico ed americano. Per il primo si è detto in precedenza; per il secondo, si evidenzia che è proiettato verso le tematiche della ricerca, della tecnologia, dello sviluppo economico neoliberista globale. G. GROSSI, D. PIANEZZI, *Smart cities: Utopia or neoliberal ideology?* In *Cities*, n. 69, 2017, p. 79 ss.

<sup>83</sup> S. PETTIROSSI, *Smart City: la Città autonoma, op. ult. cit.*, 8.

<sup>84</sup> Esso, infatti, rappresenta «il principio» e non un principio in base al quale la persona viene posta al centro dell'ordinamento costituzionale. A. RUGGERI, *Il principio personalista e le sue proiezioni*, in *Federalismi.it*, n. 17, 2013, p. 3.

<sup>85</sup> G. SENATORE, *Smart city: cosa rimane della sostenibilità?* In *Rivista Trimestrale di Scienza dell'Amministrazione*, n. 4, 2020.

Da qui la necessità di adottare concrete politiche di inclusione sociale tecnologica. P. FERRONATO, S. RUECKER, *Smart citizenship: designing the interaction between cities and smart cities*, in *Design Research Society*, 2018, University of Limerick, p. 3.

cui la smart city, rappresentata dal *Council* delle grandi città metropolitane<sup>86</sup>, pur mancando di un potere a legiferare, dunque priva di una *regulation*, è comunque dotata di un potere impositivo sui cittadini che vi vivono, attraverso lo strumento della *Council Tax*, ossia la tassa che, parametrata alla grandezza dell'immobile, colpisce chi lo occupa<sup>87</sup>. In definitiva, *money talks*, i soldi contano, e il potere fiscale della *smart city* britannica, molto più efficiente di quello italiano, conta molto di più di quello normativo, che spesso segna solo una conquista teorica, e non effettiva.

Oltre ai soldi, che la finanziano, la *smart city* britannica sembra avere quale punto di forza il progetto, ovvero i progetti, i quali solitamente nascono da emergenze, ossia da esigenze di riqualificazione urbanistica rispetto ad un ambiente storicamente degradato. Tali progetti, inoltre, si caratterizzano per essere integrali, ossia riguardare l'intero ambiente urbano<sup>88</sup>, o comunque incidere su di un aspetto strategico della *smart city*, ad esempio i trasporti<sup>89</sup>. Risulta empiricamente dimostrato che il beneficio di una "*smart infrastructure*" non è soltanto per gli *stakeholders*, ma anche per i singoli cittadini. Ad esempio, nel caso dello "*smart tram*" di una città come Edimburgo, si è verificato che, a pochissimi anni dalla apertura al pubblico della infrastruttura, gli immobili posti in prossimità della linea del tram hanno avuto un significativo aumento di valore, maggiore di quello verificatosi per unità che non beneficiavano in modo così diretto della connessione<sup>90</sup>.

Dunque, la *smart city* si profila sempre di più quale nuovo traguardo che ha implicazioni di varia natura di tipo interdisciplinare, con anche l'etica e la finanza, altrimenti ossimori, che sembrano sintonizzati sempre di più sulla medesima frequenza. L'infrastruttura assume le caratteristiche di "mezzo", non solo letterale, ma anche metaforico, per realizzare un nuovo modello costituzionale, di ente, che ha implicazioni pure filosofiche, atteso il suo impatto sulla vita umana e l'individuo. La tecnologia e

---

<sup>86</sup> Trattasi di poco più di 30 "*cities*" della Gran Bretagna, che sono considerate grandi città.

<sup>87</sup> La *Council Tax*, dunque, a differenza della IMU italiana, non colpisce la proprietà ma l'occupazione dell'immobile.

<sup>88</sup> Fra i principali progetti di *smart cities* nel Regno Unito, si segnalano: Manchester's Triangulum Project; Hull's Smart City OS; Smarter London Together; Bristol Is Open; Future City Glasgow. La forza dei progetti sembra rappresentata anche dal fatto che i partecipanti sono importanti attori della comunità, quali le università, i centri di ricerca.

<sup>89</sup> L'esempio, per vero travagliato ma alla fine di grande successo, del tram di Edimburgo, progetto protrattosi per qualche anno, ne costituisce testimonianza lampante. P. NEWMAN, K. HARGROVES, S. DAVIES-STATE, D. CONLEY, M. VERSCHUER, M. MOURITZ, D. YANGKA, *The Trackless Tram: Is it the Transit and City Shaping Catalyst We Have been Waiting For?*, in *Journal of Transportation Technologies*, 2019, pp. 31-55, *online*. È stato attentamente evidenziato che "ad oggi la mobilità sostenibile rappresenta uno degli strumenti migliori per il bilanciamento tra esigenze di spostamento e conservazione dell'ambiente in una prospettiva di attenzione ai bisogni delle generazioni future. La mobilità sostenibile individua infatti l'insieme delle modalità di trasporto in grado di diminuire le esternalità negative del traffico di merci e persone, sul piano economico, sociale e ambientale. La mobilità è un sistema complesso che racchiude gli spostamenti di cose e persone sul territorio con qualsiasi mezzo di trasporto ed è formato da persone, cose, servizi, infrastrutture viarie, ferroviarie, aeroportuali, parcheggi e centri di interscambio, trasporti pubblici e privati, piste ciclabili e zone pedonali. E l'obiettivo ultimo di questo sistema è proprio quello di garantire il movimento di beni e persone contenendo allo stesso tempo le esternalità negative associate al traffico urbano ed extraurbano". L. MARFOLI, *Trasporti, ambiente e mobilità sostenibile in Italia*, in *Rivista Giuridica dell'Ambiente*, fasc. 3-4, 2021, p. 307.

<sup>90</sup> Cfr. Lloyds Bank, *House prices boosted after opening tram routes in five leading cities*, 12 marzo 2017, [https://www.lloydsbankinggroup.com/media/press-releases/2017/lloyds-bank/house-prices-boosted\\_after\\_opening\\_tram\\_routes.html](https://www.lloydsbankinggroup.com/media/press-releases/2017/lloyds-bank/house-prices-boosted_after_opening_tram_routes.html).

l'uomo, tradizionale ossimoro, trovano una loro sintesi nella crescita di qualità della vita, ma sorprendentemente di migliori condizioni economiche che ne possono derivare alle famiglie.

L'esempio empirico è funzionale a dimostrare che lo sviluppo sostenibile delle infrastrutture di una società, non solo risulta essere perfettamente coerente con i valori che animano la Carta costituzionale italiana, ma, al tempo stesso, diviene un fattore di ricchezza per lo stesso contesto urbano. È possibile richiamare, *mutatis mutandis*, quanto sostenuto da Adam Smith in relazione allo sviluppo di infrastrutture cittadine, cioè che “Good roads, canals, and navigable rivers, by diminishing the expence of carriage, put the remote parts of the country more nearly upon a level with those of the neighbourhood of the town. They are upon that the greatest of all improvements”<sup>91</sup>.

---

<sup>91</sup> A. SMITH, *The Wealth of Nations*, Book I, 1776, p. 174.

*Articoli e Saggi*

## **La regolazione del settore ferroviario: le novità alla luce del Green New Deal e del quarto pacchetto ferroviario \***

**Valerio Di Stefano<sup>1</sup>, Edoardo Breda<sup>2</sup>**

<sup>1</sup>Università degli Studi della Tuscia – Viterbo

<sup>2</sup>Università degli Studi della Tuscia – Viterbo

---

### **Abstract**

*Regulation of the railway sector: the news in the light of the Green New Deal and the fourth railway package.*

*Trans-European networks, with particular regard to rail networks, have been placed at the center of recent European policy. The goal that the European Union set itself was to standardize the rules of railway management in all Member States, especially guaranteeing interconnection and the right of access. The objective of this work is to retrace the main European interventions, passing from the Green New Deal up to the fourth and final railway package which definitively establishes the regulatory principles of the sector.*

*Keywords: administrative and transport law, railway sector, green new deal, trans-European networks, recovery plan.*

---

Sommario — 1. Lo scenario europeo — 1.1 Il Libro Verde del 2009 — 1.2 Il Libro Bianco 2011 sullo Spazio Unico europeo dei trasporti — 2. Le reti transeuropee dei trasporti — 2.1 I corridoi europei e il sistema ferroviario transeuropeo ad alta velocità — 2.2 Lo spazio ferroviario europeo — 3. Il meccanismo per collegare l'Europa — 4. Il Green New Deal e la Legge europea sul clima — 5. Il nuovo concetto di sostenibilità nel settore del trasporto ferroviario — 6. L'evoluzione della disciplina — 6.1 Il primo, il secondo e il terzo pacchetto ferroviario — 6.2 Il quarto pacchetto, il diritto di accesso, intermodalità e l'Agenzia dell'Unione Europea per la sicurezza — 7. Conclusioni alla luce del Piano Nazionale Ripresa e Resilienza

### **1. Lo scenario europeo**

#### **1.1. Il Libro Verde del 2009**

I trattati definiscono lo sviluppo sostenibile come l'obiettivo globale a lungo termine

---

\* Sottoposto a referaggio.

dell'UE. La strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile, riveduta nel 2006, offre una prospettiva a lungo termine della sostenibilità nel cui ambito la crescita economica, la coesione sociale e la tutela dell'ambiente procedono necessariamente di pari passo, al fine di rafforzarsi a vicenda.

Negli ultimi anni l'Unione europea ha integrato l'obiettivo dello sviluppo sostenibile in un gran numero di politiche diverse, in modo particolare, come si vedrà nel settore dei trasporti, ponendosi come guida a livello internazionale per la lotta contro i cambiamenti climatici e impegnandosi a promuovere un'economia a basse emissioni di carbonio, invece basata sulla ricerca scientifica e finalizzata ad un uso efficiente delle risorse. L'UE si è posta l'obbligo di trasformare le crisi in un'occasione per promuovere la sostenibilità finanziaria ed ecologica, sviluppando al tempo stesso una società sostenibile e dinamica che faccia un uso efficiente delle risorse, sia basata sulla conoscenza e sia socialmente inclusiva, e sostenere questo approccio a livello globale. Le misure verdi contribuiscono, a breve termine, a rilanciare l'economia e a creare posti di lavoro. A medio-lungo termine, inoltre, le nuove tecnologie possono contribuire a favorire lo sviluppo di una *green economy*<sup>2</sup> e possono ridurre l'impatto umano sui cambiamenti climatici, l'esaurimento delle risorse naturali e il degrado degli ecosistemi<sup>3</sup>. Per quanto riguarda le iniziative poste in essere finalizzate a promuovere lo sviluppo di modalità di trasporto maggiormente rispettose dell'ambiente, si segnala uno specifico pacchetto di misure<sup>4</sup> presentate dalla Commissione europea l'8 luglio 2008 che comprende: una comunicazione<sup>5</sup> dal titolo "*Trasporti ecocompatibili*" che individua

---

<sup>1</sup> Il Consiglio europeo di Helsinki del dicembre 1999 ha invitato la Commissione europea "a elaborare una proposta di strategia a lungo termine per il coordinamento delle politiche ai fini di uno sviluppo sostenibile sotto il profilo economico, sociale ed ecologico destinata ad essere presentata al Consiglio europeo nel giugno 2001".

<sup>2</sup> Si definisce economia verde (in inglese *green economy*), o più propriamente economia ecologica, un modello teorico di sviluppo economico che prende origine da un'analisi bioeconomica del sistema economico dove oltre ai benefici (aumento del Prodotto Interno Lordo) di un certo regime di produzione si prende in considerazione anche l'impatto ambientale cioè i potenziali danni ambientali prodotti dall'intero ciclo di trasformazione delle materie prime a partire dalla loro estrazione, passando per il loro trasporto e trasformazione in energia e prodotti finiti fino ai possibili danni ambientali che produce la loro definitiva eliminazione o smaltimento.

<sup>3</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al comitato delle regioni: "*Integrare lo sviluppo sostenibile nelle politiche dell'UE: riesame 2009 della strategia dell'Unione europea per lo sviluppo sostenibile*".

<sup>4</sup> Il cosiddetto "*pacchetto trasporti verdi*".

<sup>5</sup> Il pacchetto comprende innanzitutto una strategia per garantire che i prezzi dei trasporti rispecchino più adeguatamente il vero costo per la collettività, in modo da ridurre gradualmente il danno ambientale e la congestione incentivando l'efficienza dei trasporti e, in ultima istanza, dando impulso all'economia nel suo complesso. Viene poi presentata una proposta che consente agli Stati membri di contribuire a realizzare questo obiettivo con l'imposizione di pedaggi stradali più efficaci ed ecologici per i camion; gli introiti così ottenuti saranno successivamente utilizzati per ridurre l'impatto ambientale dei trasporti e la congestione. Il pacchetto è infine costituito da una comunicazione per ridurre l'inquinamento acustico causato dal trasporto

una serie di iniziative da adottare entro la fine del 2009, corredata di un inventario delle misure comunitarie già in vigore o in corso di esame; una comunicazione sulla riduzione dell'inquinamento acustico provocato dal trasporto di merci per ferrovia; una strategia sull'internalizzazione dei costi esterni dei trasporti ed in fine una proposta di direttiva sui pedaggi da applicare ai veicoli pesanti per l'uso di alcune infrastrutture.

Relativamente alla realizzazione della rete transeuropea di trasporto (TEN-T), il 4 febbraio 2009 la Commissione ha adottato il libro verde<sup>6</sup> *“Verso una migliore integrazione della rete transeuropea di trasporto al servizio della politica comune dei trasporti”*, sul quale è stata avviata una consultazione pubblica che si è conclusa il 30 aprile 2009. Alla luce dei risultati della consultazione e di una serie di altre valutazioni tecniche, la Commissione intende procedere ad una revisione delle priorità e degli obiettivi della politica in questo settore al fine di contribuire più efficacemente al perseguimento di importanti obiettivi comunitari e di rispondere alle future sfide del settore sotto il profilo politico, economico, ambientale e tecnologico.

### **1.2 Il Libro Bianco 2011 sullo Spazio Unico europeo dei trasporti**

Il Libro Bianco<sup>7</sup> dei Trasporti enuncia degli obiettivi strategici e standard di riferimento.

Il primo degli obiettivi posti risulta essere il dimezzamento dell'uso di auto ad 'alimentazione tradizionale' nel trasporto urbano entro il 2030 e ritrarle dal mercato della città entro il 2050 al fine di raggiungere una logistica della città libere da CO<sub>2</sub><sup>8</sup> in grandi centri urbani entro il 2030.

Nel documento si afferma che il 30% del trasporto di merci su strada per più di 300 km dovrebbe passare ad altri mezzi di trasporto come la ferrovia o il trasporto per vie navigabili entro il 2030, e più del 50% entro il 2050, agevolato da corridoi merci efficienti e verdi. Per raggiungere questo obiettivo sarà anche necessario lo sviluppo di infrastrutture adeguate.

Nel libro si guarda al 2050 per completare la rete ferroviaria europea ad alta velocità. Triplicare la lunghezza della rete ferroviaria ad alta velocità esistente entro il 2030 e mantenere una fitta rete ferroviaria in tutti gli Stati Membri. Entro il 2050 la maggior parte del trasporto passeggeri sulle medie distanze dovrebbe avvenire per ferrovia.

Secondo la commissione entro il 2020 bisognava stabilire le linee guida per un sistema multimodale europeo delle informazioni sui trasporti, della gestione e dei pagamenti.<sup>9+</sup>

---

merci ferroviario. Il pacchetto contiene anche un inventario delle misure UE già esistenti in materia di trasporti ecocompatibili e una comunicazione sulle altre iniziative che la Commissione intendeva adottare nel settore entro la fine del 2009.

<sup>6</sup> Libro Verde - TEN-T: riesame della politica - Verso una migliore integrazione della rete transeuropea di trasporto al servizio della politica comune dei trasporti /\* COM/2009/0044.

<sup>7</sup> Il Libro bianco (*White Paper*) è un documento ufficiale designato dalla Commissione europea che talvolta viene dopo un Libro verde; la sua funzione è di proporre azioni mirate a un settore particolare dell'economia ed è in genere sottoposto al vaglio del Consiglio dell'Unione, al Parlamento europeo e alle parti sociali; è sottoposto al regime di pubblicità.

<sup>8</sup> Anidride carbonica.

<sup>9</sup> Per approfondimenti M. FINGER, P. MESSULAM, *Rail Economics, Policy and Regulation in Europe*, Cheltenham (UK), 2015.

## **2. Le reti transeuropee dei trasporti**

Il trattato di Maastricht<sup>10</sup> attribuisce all'Unione Europea il compito di costituire e sviluppare le reti transeuropee in diversi settori: trasporti, telecomunicazioni e dell'energia al fine di contribuire allo sviluppo del mercato interno, rafforzare la coesione economica e sociale, collegare le regioni insulari e rendere il territorio europeo più accessibile ai paesi ad essa vicini<sup>11</sup>.

Nel Libro bianco sulla crescita, la competitività e l'occupazione del 1993, la Commissione ha evidenziato il ruolo determinante delle reti transeuropee per il mercato interno, e in particolare per la creazione di posti di lavoro, sia attraverso la costruzione delle infrastrutture e nel favorire lo sviluppo economico.

La decisione n. 1692/96/CE del 23 luglio 1996 sugli orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti ha fissato i parametri generali per la rete nel suo complesso. La decisione stabiliva le caratteristiche della rete specifica per ciascun modo di trasporto e andava ad identificare progetti d'interesse comune ammissibili, ponendo l'accento sui modi di trasporto più rispettosi dell'ambiente, segnatamente i progetti ferroviari.

La TEN-T<sup>12</sup> copre l'intero territorio dell'UE e può estendersi ai paesi dell'Associazione europea di libero scambio<sup>13</sup>, così come ai paesi partner dell'Europa sudorientale e ai paesi mediterranei.<sup>14</sup>

L'aumento dei paesi membri a partire dal 2004, congiuntamente a gravi ritardi e problemi di finanziamento, soprattutto per quanto riguarda i tronconi transfrontalieri, determinarono una completa revisione degli orientamenti TEN-T.

Nel 2005 sono stati nominati dei «coordinatori europei» per alcuni progetti di particolare rilevanza, che fungono da mediatori per facilitare i contatti con le autorità decisionali nazionali, gli operatori e gli utenti dei mezzi di trasporto e i rappresentanti della società civile. Nell'ottobre 2006 è stata istituita un'Agenzia esecutiva per la rete transeuropea dei

---

<sup>10</sup> Il trattato sull'Unione europea è stato firmato a Maastricht alla presenza del Presidente del Parlamento europeo, on. Egon Klepsch. A norma del trattato, l'Unione è fondata sulle Comunità europee (primo pilastro), integrate da due altri ambiti di cooperazione (secondo e terzo pilastro): la politica estera e di sicurezza comune (PESC) e la giustizia e affari interni (GAI).

<sup>11</sup> Cfr. A. LAURINO, F. RAMELLA, P. BERIA, *The economic regulation of railway networks: A worldwide survey*, in *Transportation Research Part A*, 2015.

<sup>12</sup> Le reti TEN-T sono un insieme di infrastrutture lineari (ferroviarie, stradali e fluviali) e puntuali (nodi urbani, porti, interporti e aeroporti) considerate rilevanti a livello comunitario e la Core Network è costituita dai nodi urbani a maggiore densità abitativa, dai nodi intermodali di maggiore rilevanza e dalle relative connessioni.

<sup>13</sup> L'AELS è un'organizzazione interstatale il cui obiettivo è promuovere il libero scambio e l'integrazione economica tra i quattro Stati membri (Islanda, Liechtenstein, Norvegia e Svizzera). L'attività dell'Associazione si fonda sulla Convenzione AELS e su una rete mondiale di accordi di libero scambio e partenariato. L'Associazione europea di libero scambio (AELS) è un'area di libero scambio senza ulteriori fini politici tra gli Stati membri. A differenza dell'UE, non costituisce un'unione doganale, il che significa che ogni Paese membro è libero di stabilire le proprie tariffe doganali e la politica commerciale da applicare con Paesi terzi. L'AELS fu costituita nel 1960 dalla Convenzione di Stoccolma allo scopo di eliminare i dazi doganali sui prodotti industriali e favorire in questo modo gli scambi commerciali tra gli Stati membri. Con un accordo di emendamento firmato nel 2001, nella Convenzione AELS sono state tra l'altro integrate nuove disposizioni sullo scambio di servizi, il movimento di capitali e la protezione della proprietà intellettuale.

<sup>14</sup> Inizialmente la decisione integrava i 14 progetti d'interesse comune adottati dal Consiglio europeo di Essen. Successivamente, la decisione n. 1346/2001/CE, del 22 maggio 2001, che modifica gli orientamenti TEN-T relativamente ai porti marittimi, ai porti di navigazione interna e ai terminali intermodali ha completato un «piano di sviluppo dei trasporti» su scala comunitaria per tutti i modi di trasporto.

trasporti con il compito di preparare e seguire sul piano tecnico e finanziario le decisioni relative ai progetti gestiti dalla Commissione<sup>15</sup>.

La nuova politica dell'UE in materia di infrastrutture dei trasporti mira a trasformare l'attuale mosaico di ferrovie, strade, vie navigabili interne, aeroporti, porti marittimi e interni e terminali ferroviari/stradali in una rete integrata che copra i singoli Stati membri. Tuttavia, la mancanza di una infrastruttura dei trasporti coerente di questo tipo costituisce un grave ostacolo al corretto funzionamento del mercato interno. La creazione di tale rete richiede la preparazione e l'attuazione di migliaia di progetti miranti a eliminare le strozzature esistenti, realizzare i collegamenti mancanti e migliorare l'interoperabilità tra le varie modalità di trasporto e tra le infrastrutture dei trasporti regionali e nazionali. Inoltre, tra le priorità per lo sviluppo dell'infrastruttura della TEN-T figura l'applicazione di soluzioni tecnologiche innovative che possono svolgere un ruolo fondamentale nella trasformazione dei trasporti, per renderli accessibili a tutti e creare un sistema più sicuro, sostenibile, a bassa intensità di carbonio ed efficiente dal punto di vista energetico.

La nuova politica dell'UE in materia di infrastrutture dei trasporti istituisce, per la prima volta, una struttura a doppio strato per le vie di trasporto dell'UE che comprende una rete globale e una rete centrale. I progetti lungo la rete globale dovrebbero essere ultimati entro la fine del 2050, mentre quelli che fanno parte della rete centrale dovrebbero soddisfare i criteri TEN-T entro la fine del 2030.

Inoltre, sono stati introdotti nove corridoi multimodali principali quali nuovo strumento politico per facilitare l'attuazione coordinata dei progetti situati nella rete centrale. Tali corridoi dovrebbero riunire gli investitori pubblici e privati per mettere in comune le risorse destinate allo sviluppo della rete centrale. Per garantire che i corridoi siano attuati in modo efficace ed efficiente, ognuno di essi è sostenuto da un coordinatore europeo.

La politica in materia di TEN-T si concentra sullo sviluppo delle autostrade del mare e sull'attuazione del sistema europeo di gestione del traffico ferroviario (ERTMS)<sup>16</sup>. Sono pertanto stati designati due coordinatori europei aggiuntivi, uno per ciascuno degli ambiti summenzionati, con l'incarico di guidare il processo per un'attuazione armonizzata.

Nel 2015 ciascun coordinatore europeo ha elaborato un piano di lavoro, rispettivamente sulle autostrade del mare e su un corridoio ERTMS<sup>17</sup>. Tali piani di lavoro devono essere aggiornati periodicamente, tenendo conto dei progressi compiuti nell'attuazione dei progetti. Inoltre, per il 2023 era stata prevista una revisione approfondita dell'attuazione della rete centrale.

Nel 2014 l'Agenzia esecutiva per la rete transeuropea dei trasporti è stata rinominata Agenzia esecutiva per l'innovazione e le reti (INEA). Oltre a proseguire con l'esecuzione dei programmi TEN-T e Marco Polo del periodo 2007-2013, è stata incaricata della

---

<sup>15</sup> Si veda A.S.J. SMITH, V. BENEDETTO, C. NASH, *The Impact of Economic Regulation on the Efficiency of European Railway Systems*, in *Journal of Transport Economics and Policy (JTEP)*, vol. 52, n. 2, April 2018, p. 113-136.

<sup>16</sup> Lo scopo dell'ERTMS è sostituire tutti i sistemi di segnalamento esistenti in Europa con un sistema unico, così da promuovere l'interoperabilità delle reti ferroviarie nazionali e il trasporto ferroviario transfrontaliero. L'ERTMS è concepito per assicurare uno standard comune che consenta ai treni di viaggiare senza interruzioni attraverso paesi differenti, e per incoraggiare la competitività del settore ferroviario.

<sup>17</sup> European Rail Traffic Management System/European Train Control System (ERTMS/ETCS) è un sistema - basato su standard europeo - permette ai treni dei diversi paesi di circolare senza soluzione di continuità su tutte le linee europee che ne sono dotate ed è capace di garantire la circolazione in sicurezza dei treni con l'adozione di funzionalità e tecnologie all'avanguardia.

gestione tecnica e finanziaria del meccanismo per realizzare il collegamento tra l'Europa<sup>18</sup> di parti di Horizon 2020<sup>19</sup>.

Nel settembre 2018 la Commissione ha avviato consultazioni pubbliche per esaminare i progressi finora compiuti nell'attuazione della TEN-T dall'entrata in vigore degli orientamenti. La valutazione viene condotta in preparazione della revisione della TEN-T ed è anche intesa a valutare l'efficacia della politica in materia di TEN-T in settori chiave come i carburanti alternativi, la digitalizzazione e il trasporto multimodale. Secondo il programma di lavoro della Commissione per il 2021, adottato il 19 ottobre 2020, la revisione del regolamento TEN-T è prevista per il terzo trimestre del 2021.<sup>20</sup>

### **2.1 I corridoi europei e il sistema ferroviario transeuropeo ad alta velocità**

La politica europea per le reti transeuropee (TENs) dei trasporti, energia e telecomunicazioni è stata creata nel 1993 e trova il suo fondamento giuridico nel Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea<sup>21</sup>. La rete TEN-T mira alla creazione di uno spazio unico europeo dei trasporti basato su un'unica rete trans-europea completa, integrata e multimodale tra trasporto varie tipologie di trasporto: terrestre, marittimo e aereo, che comprenda e colleghi tutti gli stati membri dell'UE in maniera intermodale ed interoperabile<sup>22</sup>.

La Rete TEN-T è alla base dell'integrazione dei Paesi europei in vista di un mercato unico e sostiene una politica per la non utilizzazione del carbone nei trasporti e un ruolo attivo dell'UE nella lotta globale ai cambiamenti climatici.

Il Regolamento UE 1315/2013 che ha definito la rete di trasporto trans-europea TEN-T, prevede la creazione di una rete articolata su due livelli per lo sviluppo della rete internazionale. In primo luogo, troviamo la *Comprehensive Network*, ovvero una rete globale che mira a garantire la piena copertura del territorio dell'UE e l'accessibilità a tutte le regioni e la *Core Network*, ovvero una rete centrale a livello UE che comprende le parti di rete globale che rivestono la più alta importanza strategica ai fini del conseguimento degli obiettivi per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti. La sua realizzazione si basa su un "approccio per corridoi"<sup>23</sup>.

La *Comprehensive Network*, di livello strategico inferiore, è costituita da tutte quelle infrastrutture di trasporto, esistenti e pianificate, volte a realizzare gli obiettivi di coesione territoriale e integra e interconnette la rete *Core*.

La rete risulta essere costituita da rete stradale, ferroviaria, portuale, aeroportuale, centri intermodali. Essa dovrà essere completata e resa pienamente interoperabile entro il 2050. La *Core Network* è la parte strategica della rete *Comprehensive* ed è costituita da agglomerati urbani a maggiore densità abitativa, nodi intermodali di maggiore rilevanza, relative connessioni multimodali. Alla *Core Network* è stato affidato il compito

---

<sup>18</sup> CEF.

<sup>19</sup> N. BARON, *Railway Terminal Regulation*. Vickerman, Roger (eds.), in *International Encyclopedia of Transportation*, vol 5, 2021, p.454 – 463.

<sup>20</sup> Reti transeuropee, Parlamento europeo, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/135/reti-transeuropee-orientamenti>.

<sup>21</sup> Precisamente nel Titolo XVI, articoli 170 e 172, 1.

<sup>22</sup> Cfr. S. BUSTI, *Profili innovativi nella disciplina comunitaria del trasporto ferroviario*, in *Diritto dei Trasporti*, 2003, p. 27.

<sup>23</sup> L'Unione Europea prevede la realizzazione di tali reti rispettivamente entro il 2050 e il 2030.

di collegare i 27 paesi dell'UE, costituendo il presupposto indispensabile per il raggiungimento dell'obiettivo del mercato unico<sup>24</sup>.

I nodi della Core Network sono stati definiti secondo un metodo trasparente e pubblico che tiene conto di criteri oggettivi di tipo territoriale, demografico e trasportistico. Essa dovrà essere completata e resa pienamente interoperabile entro il 2030<sup>25</sup>. A medio e lungo termine, il miglioramento dell'infrastruttura ferroviaria provocherà una crescita significativa dei volumi di trasporto ferroviario dei corridoi e, allo stesso tempo, un aumento della capacità mediante la costruzione di nuovi collegamenti e nuove infrastrutture oltre all'ammodernamento tecnologico delle linee esistenti.

Ad oggi la priorità a livello europeo risulta essere il miglioramento del grado di interoperabilità tra le reti transfrontaliere assicurando gli opportuni collegamenti tra le differenti modalità di trasporto e rimuovendo i colli di bottiglia esistenti in corrispondenza dei principali nodi urbani.<sup>26</sup>

In Europa la linea ferroviaria ad alta velocità è decollata dopo la crisi petrolifera del 1974. La dipendenza energetica dell'Europa minacciava la mobilità interna; di conseguenza diversi Stati membri hanno deciso di sviluppare un modo di trasporto sicuro, veloce, comodo ed ecologico sotto forma di linee ferroviarie ad alta velocità. L'Italia è stata il primo paese europeo a inaugurare una linea ferroviaria ad alta velocità: la linea Firenze-Roma è stata aperta nel 1977. Poco tempo dopo, la Francia ha inaugurato le proprie linee di "Trains à Grande Vitesse"<sup>27</sup>. Le prime linee ad alta velocità in Germania, servite dai treni "Intercity Express" (ICE), sono state aperte all'inizio degli anni '90, mentre il servizio ad alta velocità della Spagna "Alta Velocidad Española" (AVE) ha cominciato a operare nel 1992<sup>28</sup>.

Alla fine del 2017, l'UE disponeva di 9 067 km di linee ad alta velocità. La rete si sta ora espandendo: 1 671 km sono attualmente in fase di costruzione. Una volta completati tutti gli investimenti previsti nel settore delle infrastrutture ferroviarie ad alta velocità, la Spagna avrà la seconda rete ferroviaria ad alta velocità più lunga al mondo, dopo la Cina.

---

<sup>24</sup> Si veda la *Sustainable and Smart Mobility Strategy*, p. 13, [https://ec.europa.eu/transport/infrastructure/tentec/tentec-portal/site/maps\\_upload/AnnexI\\_2017web.pdf](https://ec.europa.eu/transport/infrastructure/tentec/tentec-portal/site/maps_upload/AnnexI_2017web.pdf).

<sup>25</sup> Sul punto anche S.Z. FAKHRANA, *Railway policy in the EU: A case study of Portugal's national railway policy*, 2021.

<sup>26</sup> Corridoi europei, mit, <https://www.mit.gov.it/node/5335>.

<sup>27</sup> Con la sigla TGV, dal francese Train à Grande Vitesse (treno ad alta velocità), viene definita una famiglia di convogli a trazione elettrica di concezione francese, progettati dalla SNCF, Société nationale des chemins de fer français (Società nazionale delle ferrovie francesi), in collaborazione con la società costruttrice Alstom (GEC-Alsthom). Per traslazione, con il termine TGV si intende anche il servizio ferroviario ad alta velocità francese. Il primo TGV è entrato in esercizio per la prima volta fra Parigi e Lione nel settembre 1981, sfruttando la prima tratta della nuova linea costruita fra Saint-Florentin e Sathonay-Camp, nei pressi di Lione.

<sup>28</sup> La prima linea AVE fu inaugurata il 20 aprile 1992 fra Madrid e Siviglia, 471 km in 2 ore e 50 min, in occasione dell'esposizione universale della città andalusa. La seconda linea, Madrid-Barcellona-confine francese, è in costruzione; il primo troncone, Madrid-Lleida, è stato aperto l'11 ottobre 2003, il secondo (fino a Tarragona) nel 2006 e il terzo (fino a Barcellona) il 20 febbraio 2008; su questa linea circolano i treni più rapidi del mondo in servizio commerciale, alla velocità limite di 350 km/h, percorrendo i 659 km che separano le due città in 2 h 38 min. La costruzione della linea verso il nordovest è iniziata. Questa linea è aperta fino a Valladolid. La quarta linea inaugurata il 18 dicembre 2010 collega Madrid a Valencia (1 h 35 min) con una diramazione per Alicante. Nel novembre 2011 è stato gradualmente avviato l'innalzamento delle velocità a 310 km/h per la linea Madrid-Barcellona. Il 25 giugno 2019 è stata inaugurata la linea Granada - Madrid del Ave, che collega la città nasrìde con Madrid e Barcellona e includeva una nuova linea lunga 122 chilometri tra Antequera (Málaga) e la capitale granatina. I lavori sono durati dieci anni e hanno comportato un investimento di 1.675 milioni di euro.

Il numero di passeggeri che utilizzano la linea ferroviaria ad alta velocità in Europa è in costante crescita: da circa 15 miliardi di passeggeri-chilometro (pkm) nel 1990, la domanda ha raggiunto oltre 124 miliardi di pkm nel 2016. Nel 2015 i servizi ferroviari ad alta velocità rappresentavano più di un quarto (26 %) di tutto il trasporto ferroviario di passeggeri degli Stati membri in cui sono disponibili servizi ad alta velocità.

Il programma per la rete transeuropea di trasporto (TEN-T)<sup>29</sup> svolge un ruolo fondamentale nella strategia Europa 2020 per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva<sup>30</sup>. Contribuisce agli obiettivi dello sviluppo economico, della competitività regionale, della coesione regionale e sociale e della sostenibilità ambientale. Instaura inoltre i collegamenti fondamentali necessari per agevolare i trasporti, ottimizzando le capacità delle infrastrutture esistenti, elaborando le specifiche per l'interoperabilità della rete e integrando la dimensione ambientale. Tra gli obiettivi della TEN-T figurano l'interconnessione e l'interoperabilità delle reti di trasporto nazionali, l'integrazione e l'interconnessione ottimali di tutti i modi di trasporto e l'uso efficiente delle infrastrutture.

L'ultimo Libro bianco sui trasporti, pubblicato dalla Commissione nel 2011, ha stabilito i seguenti obiettivi specifici in materia di traffico dei passeggeri per la linea ferroviaria ad alta velocità: entro il 2030 la rete ferroviaria ad alta velocità esistente dovrebbe essere triplicata, in modo tale che entro il 2050 la maggior parte del trasporto di passeggeri sulle medie distanze avvenga per ferrovia<sup>31</sup>.

La linea ferroviaria ad alta velocità dovrebbe crescere più rapidamente del trasporto aereo per gli spostamenti fino a 1 000 km e, entro il 2050, tutti i principali aeroporti della rete dovrebbero essere collegati alla rete ferroviaria, di preferenza mediante servizi ad alta velocità.

Per avanzare verso il raggiungimento di detti obiettivi, nel dicembre 2013 l'UE ha adottato una nuova politica in materia di infrastrutture di trasporto<sup>32</sup> che mira a colmare i divari esistenti tra le reti di trasporto degli Stati membri, a rimuovere le strozzature che ancora ostacolano il buon funzionamento del mercato interno e a superare gli ostacoli tecnici<sup>33</sup>. Il meccanismo per collegare l'Europa (MCE), adottato contemporaneamente, sostiene questi obiettivi a livello finanziario.<sup>34</sup>

---

<sup>29</sup> Decisione 1692/96/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 1996 sugli orientamenti comunitari per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti (GUCE L228/1).

<sup>30</sup> La strategia Europa 2020 mira a fare in modo che la ripresa economica dell'Unione europea (UE) in seguito alla crisi economica e finanziaria si accompagni a una serie di riforme che stabiliscano fondamenta solide per la crescita e la creazione di occupazione da qui al 2020. Se da un lato affronta le debolezze strutturali dell'economia dell'UE e le questioni economiche e sociali, la strategia tiene anche conto delle sfide a più lungo termine quali la globalizzazione, la guerra delle risorse e l'invecchiamento.

<sup>31</sup> Il 50 % del trasporto interurbano di merci e passeggeri su media distanza non avverrebbe quindi più su strada ma su rotaia.

<sup>32</sup> Regolamento (UE) 1315/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2013, sugli orientamenti dell'Unione per lo sviluppo della rete transeuropea dei trasporti (GUUE L348 del 20.12.2013, pag. 1-128).

<sup>33</sup> Ad esempio, norme incompatibili per il traffico ferroviario.

<sup>34</sup> La rete ferroviaria ad alta velocità in Europa, Corte dei Conti europea, <https://op.europa.eu/webpub/eca/special-reports/high-speed-rail-19-2018/it/#A5>.

## **2.2 Lo spazio ferroviario europeo**

La politica dell'Unione Europea<sup>35</sup> circa il trasporto ferroviario, ha come obiettivo primario la creazione di uno spazio ferroviario unico europeo. La fase di apertura del settore ferroviario alla concorrenza<sup>36</sup>, iniziata nel 2001, è stata oggetto, nell'arco di dieci anni, di tre pacchetti e di una rifusione<sup>37</sup>. Un quarto pacchetto, destinato a completare lo spazio ferroviario unico europeo, è stato adottato nell'aprile 2016<sup>38</sup> e nel dicembre 2016<sup>39</sup>.

L'obiettivo di una politica comune<sup>40</sup> dei trasporti consiste nel preservare la concorrenza e garantire nel contempo la libera prestazione di servizi. Ciò richiede l'armonizzazione<sup>41</sup> delle norme tecniche, amministrative e di sicurezza, essenziale per conseguire l'interoperabilità dei diversi sistemi ferroviari nazionali. Anche le misure di protezione dell'ambiente o dei consumatori possono richiedere una certa armonizzazione, al fine di evitare distorsioni della concorrenza e facilitare l'accesso di nuove imprese.<sup>42</sup>

Con l'obiettivo di istituire un mercato interno del trasporto ferroviario e creare quindi un settore più efficiente e attento alle esigenze dei clienti, la prima legislazione dell'UE stabiliva i principi di base che intendevano generare un miglioramento dell'efficienza del sistema ferroviario attraverso la progressiva apertura del mercato, l'indipendenza delle imprese ferroviarie e dei gestori dell'infrastruttura nonché la separazione dei conti tra questi ultimi. Dal 2000 tali principi sono stati progressivamente concretizzati, non da ultimo mediante l'adozione di tre successivi pacchetti di misure legislative dell'UE.

Tuttavia, la quota modale delle ferrovie rimane modesta, in parte per questioni di idoneità<sup>43</sup>, ma anche per via di ostacoli all'accesso al mercato che inibiscono la concorrenza e l'innovazione.

Nel 2012 alcune parti dell'attuale legislazione sono state semplificate, consolidate e ulteriormente rafforzate mediante la direttiva 2012/34/UE<sup>44</sup> che istituisce uno spazio

---

<sup>35</sup> L'Unione europea: abbreviata in UE o Ue, è un'organizzazione internazionale politica ed economica a carattere sovranazionale, che comprende 27 Stati membri d'Europa. Nata come Comunità economica europea con il trattato di Roma del 25 marzo 1957, nel corso di un lungo processo di integrazione europea, con l'adesione di nuovi Stati membri e la firma di numerosi trattati modificativi, tra cui il trattato di Maastricht del 1992 e l'Unione economica e monetaria con la valuta unica nel 2002, ha assunto la denominazione e la struttura attuale con il trattato di Lisbona del 2007.

<sup>36</sup> La concorrenza è quella condizione nella quale più imprese competono sullo stesso mercato, inteso come l'incontro ideale tra domanda e offerta, producendo gli stessi beni o servizi (offerta) che soddisfano una pluralità di acquirenti (domanda), in concorrenza, nessuno degli operatori è in grado di influenzare l'andamento delle contrattazioni con le proprie decisioni.

<sup>37</sup> La rifusione dei testi legislativi si intende come l'adozione di un nuovo atto legislativo, quando viene apportata una modifica a un atto di base. Il risultato è un unico atto giuridicamente vincolante, che incorpora l'atto giuridico iniziale e qualsiasi modifica ad esso apportata. Questo nuovo atto passa attraverso l'intero processo legislativo e abroga e sostituisce tutti gli atti che sono stati rifiutati.

<sup>38</sup> Pilastro tecnico.

<sup>39</sup> Pilastro del mercato.

<sup>40</sup> L'articolo 100, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

<sup>41</sup> Il processo di progressivo ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, al fine di eliminare ogni ostacolo tecnico, amministrativo o normativo alle relazioni dell'Unione.

<sup>42</sup> Trasporto ferroviario, parlamento europeo, <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/it/sheet/130/trasporto-ferroviario>.

<sup>43</sup> Ad esempio, le ferrovie non sono pratiche per affrontare numerosi tragitti urbani di breve distanza, come il percorso per recarsi al supermercato.

<sup>44</sup> La presente direttiva stabilisce: a) le regole relative alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria e alle attività di trasporto per ferrovia delle imprese ferroviarie stabilite o che si stabiliranno in uno Stato membro di cui al capo II; b) i criteri che disciplinano il rilascio, la proroga o la modifica a opera di uno Stato membro delle licenze destinate alle imprese ferroviarie che sono stabilite o si stabiliranno nell'Unione (capo III); c) i principi e le procedure da applicare nella determinazione e nella riscossione dei canoni dovuti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria e nell'assegnazione della capacità di tale infrastruttura (capo IV).

ferroviario europeo unico<sup>45</sup>, potenziando le disposizioni esistenti in materia di concorrenza, di controllo dell'ottemperanza alle norme e di architettura finanziaria del settore ferroviario. La direttiva<sup>46</sup> è finalizzata a rafforzare il potere delle autorità nazionali di regolazione, migliora il quadro economico-giuridico degli investimenti nel settore ferroviario e garantisce un accesso più equo all'infrastruttura ferroviaria e ai servizi ferroviari.

Essa è entrata in vigore il 15 dicembre 2012 ed è stata recepita nel 2015. Parallelamente all'apertura del mercato, altre misure adottate a livello dell'UE hanno migliorato l'interoperabilità e la sicurezza delle reti nazionali.

Un approccio più europeo al sistema ferroviario avrebbe il compito di facilitare gli spostamenti transfrontalieri per consentire al sistema stesso di sfruttare il proprio vantaggio competitivo sulle lunghe distanze e per garantire un mercato unico per i fornitori di attrezzature ferroviarie a costi inferiori.<sup>47</sup>

La nuova politica TEN-T ha l'obiettivo di rendere altamente efficiente la rete europea dei trasporti grazie a solide arterie ferroviarie di base. Per il prossimo quadro finanziario pluriennale la Commissione ha proposto un nuovo strumento per il finanziamento dell'infrastruttura a sostegno di tali priorità, ovvero il meccanismo per collegare l'Europa (MCE).

La nuova strategia infrastrutturale dell'UE fornisce il quadro normativo e i finanziamenti necessari a completare la rete ferroviaria fondamentale, che rappresenta il fulcro del mercato interno. Gli investimenti nell'infrastruttura sono essenziali, ma da soli non bastano a realizzare il potenziale delle ferrovie. Sono necessari anche cambiamenti strutturali che incrementino l'efficienza operativa e la qualità del servizio grazie a una maggiore solidità e trasparenza della *governance* e a un'apertura del mercato.

In occasione del Consiglio europeo<sup>48</sup> del 28-29 giugno 2012, i capi di Stato e di governo hanno adottato un "*Patto per la crescita e l'occupazione*" che intende perfezionare il mercato unico eliminando gli ostacoli, al fine di promuovere la crescita e l'occupazione nel settore delle imprese di rete. Di conseguenza, nell'adottare l'Atto per il mercato unico II nell'ottobre 2012, la Commissione ha riconosciuto che il quarto pacchetto ferroviario è un'iniziativa fondamentale per generare crescita nell'UE.

### **3. Il meccanismo per collegare l'Europa**

Il Regolamento (UE) n. 1316/2013<sup>49</sup> ha istituito il meccanismo per collegare l'Europa (MCE) che sostiene progetti di interesse comune per le infrastrutture nei settori

---

<sup>45</sup> COM (2011-0144).

<sup>46</sup> Una direttiva è un atto legislativo che stabilisce un obiettivo che tutti i paesi dell'UE devono realizzare. Tuttavia, spetta ai singoli paesi definire attraverso disposizioni nazionali come tali obiettivi vadano raggiunto.

<sup>47</sup> Ad esempio, l'iniziativa Shift2Rail15 contribuirebbe a sviluppare il modo di trasporto ferroviario, promuovendo innovazioni radicali per il materiale rotabile destinato al trasporto passeggeri, per il trasporto merci, per i sistemi di gestione del traffico e per l'infrastruttura ferroviaria. Ingenti importi sono stati investiti nell'infrastruttura ferroviaria.

<sup>48</sup> Il Consiglio europeo definisce le priorità e gli orientamenti politici generali dell'UE. I membri del Consiglio europeo sono i capi di Stato o di governo dei 27 Stati membri dell'UE, il presidente del Consiglio europeo e il presidente della Commissione europea. Anche l'alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza partecipa alle riunioni del Consiglio europeo quando si discutono temi di politica estera.

<sup>49</sup> Esso istituisce il meccanismo per collegare l'Europa (MCE) che sostiene progetti di interesse comune (cioè di interesse dell'UE nel suo insieme) per le infrastrutture nei settori di: trasporti; telecomunicazioni;

di: trasporti, telecomunicazioni e energia. Il suo fine ultimo risulta essere quello di accelerare gli investimenti nelle reti transeuropee e a stimolare i finanziamenti provenienti dal settore pubblico e privato.

Risulta essere stato modificato diverse volte, recentemente: nel 2017, dal regolamento (UE) 2017/2396 nel contesto dell'estensione del Fondo europeo per gli investimenti strategici (EFIS) (inizialmente istituito per 3 anni)<sup>50</sup> fino alla fine del 2020 e nel 2018 dal regolamento (UE, Euratom) 2018/1046 (il regolamento finanziario dell'UE) che ha inserito un nuovo articolo che introduce un meccanismo di finanziamento misto. La Commissione europea vede la creazione di reti di trasporto e di infrastrutture energetiche efficienti come uno strumento chiave per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia nel mercato unico dell'UE. In particolare, l'MCE sosterrà progetti che mirano a sviluppare e costruire nuove infrastrutture e servizi o migliorare le infrastrutture e i servizi esistenti. Uno dei suoi obiettivi generali risulta essere quello di contribuire alla crescita economica attraverso lo sviluppo di reti transeuropee moderne e ad alta efficienza, che tengano conto dei flussi di traffico futuro.

Un altro obiettivo generale dell'MCE è quello di consentire all'UE di raggiungere i propri obiettivi di sviluppo sostenibile (riduzione del 20% delle emissioni di gas a effetto serra rispetto ai livelli del 1990, miglioramento del 20% dell'efficienza energetica e aumento del 20% delle energie rinnovabili entro il 2020).

Il settore dei trasporti è il principale beneficiario, il bilancio totale dell'MCE per il periodo 2014-2020 ammonta a circa 33 miliardi di euro. L'importo è suddiviso come segue: circa 26 miliardi di euro per i trasporti, circa 1 miliardo di euro per le telecomunicazioni; e circa 6 miliardi di euro per il settore energetico.

La Commissione ha adottato 2 atti delegati che modificano il regolamento (UE) 1316/2013 in relazione alle priorità di finanziamento dei trasporti: Regolamento (UE) n. 275/2014 e Regolamento (UE) 2016/1649.

Il regolamento (UE) 2017/2396 nel contesto della modifica del regolamento EFIS (regolamento (UE) 2015/1017) estende la durata del fondo EFIS e introduce alcuni miglioramenti tecnici. Inoltre, modifica il regolamento dell'MCE trasferendo parte del bilancio non speso dell'MCE, nonché i fondi derivanti dalle entrate e dai rimborsi dallo strumento di debito dell'MCE e dal Fondo europeo 2020 per l'energia, i cambiamenti climatici e le infrastrutture («Fondo Marguerite» — un fondo che investe in energia, fonti rinnovabili, trasporti e infrastrutture digitali) attraverso il FEIS.

Il regolamento (UE, Euratom) 2018/1046 ha modificato il regolamento (UE) n. 1316/2013 introducendo un nuovo articolo (articolo 16 bis) che offre all'MCE la possibilità di istituire meccanismi di finanziamento misto per i quali tutte le azioni che contribuiscono a progetti di interesse comune possono accedere ai finanziamenti. Il contributo complessivo ai meccanismi di finanziamento misto dell'MCE dal bilancio dell'UE non può superare il 10% della dotazione finanziaria complessiva dell'MCE.<sup>51</sup>

---

e energia. Il suo fine ultimo è quello di accelerare gli investimenti nelle reti transeuropee e a stimolare i finanziamenti provenienti dal settore pubblico e privato. Stabilisce anche la quantità di denaro da mettere a disposizione a partire dal 2014 fino al 2020 e per quali aree.

<sup>50</sup> Gli European Fund for Strategic Investments (EFIS) sono lo strumento creato dalla Commissione Europea e dalla Banca Europea per gli Investimenti (BEI) per supportare la crescita dell'economia dei paesi dell'Unione Europea, soprattutto delle regioni meno sviluppate, e con particolare riguardo ai temi dell'Innovazione e della Green Economy.

<sup>51</sup> Fonte dei dati <https://www.consilium.europa.eu/en/policies/investment-plan/strategic-investments-fund/>

#### **4. Il Green New Deal e la Legge europea sul clima**

Il Green Deal europeo<sup>52</sup> prevede un piano d'azione volto a: promuovere l'uso efficiente delle risorse passando a un'economia pulita e circolare, ripristinare la biodiversità e ridurre l'inquinamento. Il piano illustra gli investimenti necessari e gli strumenti di finanziamento disponibili e spiega come garantire una transizione equa e inclusiva.

L'UE intende raggiungere la neutralità climatica nel 2050<sup>53</sup>. Abbiamo proposto una legge europea per il clima per trasformare questo impegno politico in un obbligo giuridico.

Per conseguire questo obiettivo sarà necessaria l'azione di tutti i settori della nostra economia, tra cui:

- investire in tecnologie rispettose dell'ambiente
- sostenere l'industria nell'innovazione
- introdurre forme di trasporto privato e pubblico più pulite, più economiche e più sane
- decarbonizzare il settore energetico
- garantire una maggiore efficienza energetica degli edifici
- collaborare con i partner internazionali per migliorare gli standard ambientali mondiali.

L'UE fornirà inoltre sostegno finanziario e assistenza tecnica per aiutare i soggetti più colpiti dal passaggio all'economia verde. Si tratta del cosiddetto meccanismo per una transizione giusta, che contribuirà a mobilitare almeno 100 miliardi di euro per il periodo 2021-2027 nelle regioni più colpite.<sup>54</sup>

Con la *legge europea sul clima*, presentata a marzo 2020 e adottata ufficialmente il 28 giugno 2021, la Commissione propone un obiettivo giuridicamente vincolante di azzeramento delle emissioni nette di gas a effetto serra entro il 2050<sup>55</sup>. Le istituzioni dell'UE e gli Stati membri sono tenuti ad adottare le misure necessarie a livello nazionale e dell'UE per raggiungere l'obiettivo, tenendo conto dell'importanza di promuovere l'equità e la solidarietà tra gli Stati membri.

La legge sul clima prevede una serie di misure per verificare i progressi compiuti e adeguare i nostri interventi sulla base di sistemi esistenti quali il processo di governance dei piani nazionali per l'energia e il clima degli Stati membri, le relazioni periodiche dell'Agenzia europea dell'ambiente e i più recenti dati scientifici sui cambiamenti climatici e i relativi impatti.

I progressi saranno verificati ogni cinque anni, in linea con il bilancio globale previsto dall'accordo di Parigi. La legge sul clima delinea anche la via da seguire per raggiungere l'obiettivo del 2050. Sulla base di una valutazione d'impatto esaustiva, la Commissione

---

<sup>52</sup> Il Green New Deal (in italiano Nuovo Patto Verde), noto anche con l'acronimo di GND, è un piano di riforme economiche e sociali inizialmente promulgato negli Stati Uniti, incentrate sul cambiamento climatico e le disuguaglianze economiche e sociali.

<sup>53</sup> L'adozione segue l'accordo politico raggiunto con l'Europarlamento il 21 aprile 2021. Oltre agli obiettivi della neutralità climatica entro il 2050 e delle emissioni negative dopo quella data, la normativa europea sul clima fissa un obiettivo vincolante per l'Unione di riduzione delle emissioni nette di gas serra di almeno il 55% entro il 2030 rispetto ai livelli del 1990.

<sup>54</sup> Green Deal europeo, Commissione Europea, [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal\\_it](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_it).

<sup>55</sup> M. BONUCCI, *La neutralità climatica al 2050 è legge: cosa prevede l'EU Climate Law*, in [www.fasi.eu](http://www.fasi.eu), 2021.

ha proposto un nuovo obiettivo dell'UE per il 2030 di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra di almeno il 55% rispetto ai livelli del 1990. la Commissione ha proposto di inserire il nuovo obiettivo dell'UE per il 2030 nella legislazione.

Entro fine 2021 la Commissione esaminerà e, se del caso, proporrà di rivedere tutti gli strumenti politici necessari per conseguire le riduzioni supplementari di emissioni previste per il 2030.

La Commissione propone l'adozione di una traiettoria a livello di UE per il periodo 2030-2050 che punta a ridurre le emissioni di gas a effetto serra, in modo da poter misurare i progressi compiuti e garantire prevedibilità alle autorità pubbliche, alle imprese e ai cittadini.

Entro settembre 2023, e successivamente ogni cinque anni, la Commissione valuterà la coerenza delle misure nazionali e dell'UE rispetto all'obiettivo della neutralità climatica e alla traiettoria per il periodo 2030-2050. La Commissione sarà autorizzata a formulare raccomandazioni destinate agli Stati membri i cui interventi non sono compatibili con l'obiettivo della neutralità climatica e gli Stati membri dovranno tenere conto delle raccomandazioni o spiegare le loro motivazioni se omettono di farlo. Gli Stati membri saranno tenuti anche a predisporre e attuare strategie di adattamento per rafforzare la resilienza e ridurre la vulnerabilità agli effetti dei cambiamenti climatici.<sup>56</sup>

Il 2021 è stato scelto dall'Unione europea come “*Anno europeo delle ferrovie*”<sup>57</sup> (European Year of Rail 2021) al fine di dare nuova linfa alle modalità di trasporto più sostenibili, innovative e sicure. In tutto il territorio dell'unione europea sono state programmate numerose iniziative, per incoraggiare l'uso della ferrovia sia da parte dei cittadini che da parte delle imprese e contribuire così a raggiungere l'obiettivo del Green Deal europeo che prevede la neutralità dell'Unione dal punto di vista climatico entro il 2050.

A descrivere la portata delle iniziative sono direttamente le parole del Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili, Enrico Giovannini: “*Nel prossimo decennio il nostro Paese sarà pienamente impegnato in un'azione di forte sviluppo del trasporto ferroviario, sia per le merci sia per i passeggeri, in linea con l'obiettivo del Green Deal europeo di rendere la mobilità più sostenibile*”. Così, esprime la convinta partecipazione dell'Italia all'iniziativa europea. “*Le ferrovie giocano un ruolo cruciale per connettere le diverse aree dei territori dell'Unione e anche per riequilibrare i divari esistenti tra le diverse aree del nostro Paese con soluzioni di intermodalità. Per questo, gli investimenti inseriti nel Piano di Ripresa e Resilienza*<sup>58</sup> *saranno fortemente concentrati nel Mezzogiorno*”.

Per raggiungere questo traguardo e garantire che i trasporti continuino a svolgere un ruolo centrale nella transizione verso un'economia pulita, digitale e innovativa, nel dicembre 2020 la Commissione ha adottato la sua “*Sustainable and Smart Mobility Strategy*”<sup>59</sup>, che

---

<sup>56</sup> Legge europea sul clima, Commissione Europea, [https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/law\\_it](https://ec.europa.eu/clima/policies/eu-climate-action/law_it).

<sup>57</sup> Il 15 dicembre 2020 il Parlamento europeo ha approvato la proposta della Commissione europea di designare il 2021 come l'Anno europeo delle ferrovie. La decisione è stata adottata dal Consiglio il 16 dicembre ed è direttamente collegata agli sforzi dell'Unione europea di promuovere l'utilizzo di mezzi di trasporto ecologici, senza contare l'obiettivo di raggiungere la neutralità climatica entro il 2050 secondo il Green deal europeo.

<sup>58</sup> Anche definito PNRR.

La Sustainable and Smart Mobility Strategy prevede un piano d'azione della durata di 4 anni che contiene 82 iniziative in 10 aree chiave. In particolare, in base alla strategia europea per una mobilità più smart e rispettosa dell'ambiente, sono previsti almeno 30 milioni di veicoli a emissioni zero, tre milioni di punti di

delinea il percorso verso una mobilità più sostenibile, intelligente e resiliente. Questa strategia include obiettivi ambiziosi che coinvolgono le ferrovie, tra cui raddoppiare il trasporto merci su rotaia e triplicare il trasporto passeggeri ad alta velocità entro il 2050. Come primo anno di piena attuazione nell'Unione europea del 4° Pacchetto ferroviario, il 2021 rappresenterà anche un importante passo avanti verso la realizzazione dello Spazio ferroviario unico europeo: realizzando una rete ferroviaria più efficiente grazie ad un approccio integrato e una mobilità senza soluzione di continuità attraverso le frontiere.<sup>60</sup>

### **5. Il nuovo concetto di sostenibilità nel settore del trasporto ferroviario**

Nell'ultimo decennio il concetto di sostenibilità ha trovato una più costante e frequente applicazione nel settore dei trasporti e in particolare in quello ferroviario.

Nel rapporto Brundtland<sup>61</sup>, lo sviluppo sostenibile è definito come *“uno sviluppo che soddisfa i bisogni del presente senza compromettere la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri”*.

Questa accezione di sostenibilità proviene dalle scienze naturali e ambientali, ed è intesa come principio di equilibrio delle tre E: ecologia, equità, economia che presuppone la capacità di sopportazione dell'ambiente, nonché la necessità di utilizzare le risorse naturali del pianeta in modo tale da soddisfare i bisogni delle generazioni presenti senza pregiudicare la capacità delle generazioni future di soddisfare i propri, in un'ottica di equità intergenerazionale<sup>62</sup>. Con il passare degli anni il concetto di sostenibilità è stato modificato e ha acquisito un significato multidisciplinare e multidimensionale includendo questioni non solo di tutela ambientale e di preservazione delle risorse naturali ma anche relative alla preservazione delle risorse naturali, di sviluppo economico e progresso sociale.

La definizione aggiornata di sostenibilità è presente nell'art. 3 *quater* del Codice dell'ambiente che la indica come l'obbligo per *“ogni attività umana giuridicamente rilevante [...] di conformarsi al principio dello sviluppo sostenibile, al fine di garantire che il soddisfacimento dei bisogni delle generazioni attuali non possa compromettere la qualità della vita e le possibilità delle generazioni future”*.

Il sopracitato codice, al comma 2, introduce un ulteriore importante obbligo per la Pubblica Amministrazione, secondo cui *“anche l'attività della pubblica amministrazione deve essere finalizzata a consentire la migliore attuazione possibile del principio dello sviluppo sostenibile, per cui nell'ambito della scelta comparativa di interessi pubblici e privati connotata da discrezionalità gli interessi alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale devono essere oggetto di prioritaria considerazione”*.

E' noto che il settore dei trasporti è uno dei principali per livelli di inquinamento prodotto in Italia e in Europa.

---

ricarica e 1.000 stazioni di rifornimento a idrogeno entro il 2030. In più 100 città europee dovrebbero essere carbon neutral entro quella data e la rete dei treni ad alta velocità dovrebbe essere raddoppiata.

<sup>60</sup> La Commissione europea e la Presidenza portoghese hanno illustrato le iniziative, MIT, <https://www.mit.gov.it/index.php/comunicazione/news/euyearofrail-ferrovie/al-lanno-europeo-delle-ferrovie>.

<sup>61</sup> Il rapporto Brundtland (conosciuto anche come Our Common Future) è un documento pubblicato nel 1987 dalla Commissione mondiale sull'ambiente e lo sviluppo (WCED) in cui, per la prima volta, venne introdotto il concetto di sviluppo sostenibile.

<sup>62</sup> M. SILVESTRI, *Sviluppo sostenibile: un problema di definizione*, in *Gentes*, 2015. D.lgs. 152 del 2006.

Infatti, tale settore svolge un ruolo fondamentale per la qualità della vita delle persone e il benessere della comunità e può contribuire a prevenire i cambiamenti climatici e l'attuale sistema di mobilità incide per quasi un quarto delle emissioni di gas a effetto serra dell'Europa e l'atteso incremento della domanda rischia di aumentare la sua impronta delle emissioni<sup>64</sup>.

In proposito, differenti scelte di mobilità nelle abitudini quotidiane possono implicare riduzioni sui volumi di emissioni, oltre a portare un miglioramento in termini di traffico, sicurezza e inquinamento. Il trasporto ferroviario può fornire un enorme contributo in questi ambiti. Sotto il profilo energetico e delle emissioni, infatti, è tra i più efficienti: ad esempio, il trasporto su ferro elettrificato, oltre a essere molto più efficiente del trasporto su gomma, può anche beneficiare di un mix elettrico nazionale che impiega sempre più fonti rinnovabili (oltre il 30% in Italia).

Nel recepire e dare attuazione alla sfida lanciata alla COP21<sup>65</sup>, l'International Union of Railways (UIC)<sup>66</sup> di cui l'Italia fa parte attraverso FS, si è impegnata affinché le emissioni specifiche in atmosfera, a livello globale, derivanti dall'attività ferroviaria siano ridotte del 50% entro il 2030, rispetto ai livelli del 1990, e parallelamente siano incrementati i volumi di traffico su rotaia.

Più nel dettaglio il gruppo FS ha voluto tracciare un percorso strategico di sostenibilità di lungo periodo, definendo degli obiettivi al 2030 e al 2050. Nel 2050 mira a diventare *carbon neutral*, in riferimento sia all'energia acquistata sia a quella autoprodotta dalle società del Gruppo (inclusa l'energia da trazione su ferro e su gomma) e usata per gli impianti fissi (officine, stazioni, uffici, gallerie, strade). Contestualmente si è posta dei target per stimolare la mobilità sostenibile: incrementare lo *shift* modale a favore della mobilità collettiva e condivisa del 15% entro il 2050, in Italia, incentivando le persone a non utilizzare l'auto privata e, per le merci, arrivare a trasportare il 50% dei volumi totali su ferrovia entro il 2050. Agli investimenti sui mezzi si affiancano e si affiancheranno quelli sulle reti infrastrutturali e i nodi per sviluppare, in collaborazione con tutte le istituzioni del territorio, un sistema di mobilità ancora più sostenibile e integrato, specialmente nelle aree urbane e metropolitane (v. conclusioni).

---

<sup>64</sup> Ferrovie dello Stato, rapporto 2020 sull'inquinamento ambientale <https://www.fsitaliane.it/content/fsitaliane/it/sostenibilita/tutelare-l-ambiente/emissioni-e-rifiuti.html>.

<sup>65</sup> È stata la 21<sup>a</sup> sessione annuale della conferenza delle parti della Convenzione quadro delle Nazioni Unite sui cambiamenti climatici (UNFCCC) del 1992 e l'11<sup>a</sup> sessione della riunione delle parti del protocollo di Kyoto del 1997.

<sup>66</sup> È l'associazione professionale mondiale che rappresenta il settore ferroviario e promuove il trasporto ferroviario.

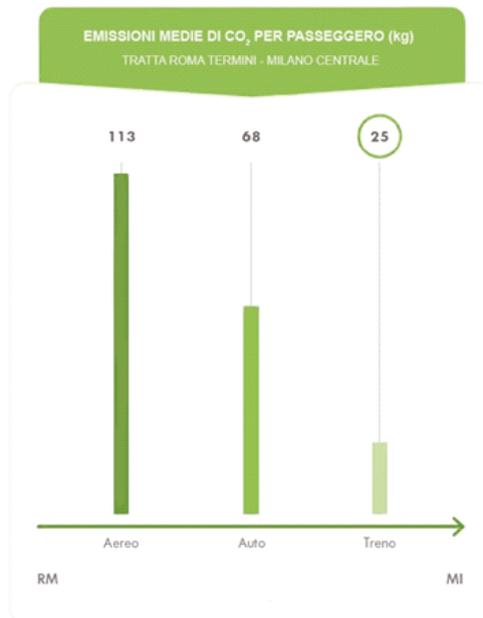


Figura 1: emissioni medie di CO<sub>2</sub> per passeggero<sup>67</sup>

## 6. L'evoluzione della disciplina

L'attuale assetto del settore del trasporto ferroviario è il frutto dell'intervento dell'Unione europea che, partendo dai principi fondamentali in tema generale di concorrenza, realizza una serie nutrita di provvedimenti specifici finalizzati a disciplinare settori strategici come quello trattato<sup>68</sup>.

Si è osservata la naturale tendenza ad una configurazione di tipo monopolista, nonché la vocazione pubblica e la componente fortemente sociale del servizio determinano e la peculiarità del settore dei trasporti; questi elementi hanno reso impossibile, applicare direttamente i principi generali della concorrenza previsti nel Trattato, ma si è dunque, resa necessaria una regimentazione speciale e separata, capace di prendere in considerazione gli elementi sopra esposti.<sup>69</sup>

Nel Trattato istitutivo<sup>70</sup> accanto ai principi generali sulla concorrenza previsti al Titolo VI viene trattato nel Titolo V anche la politica comune in materia di trasporti che, nel corso degli anni, con provvedimenti mirati, ha derogato alla disciplina generale predisposta in materia di concorrenza per tenere presente gli aspetti specifici appena citati.

Gli articoli del Trattato riprendono nella loro sostanza i principi fondamentali espressi in linea generale dal Trattato, che tuttavia “risultano per i trasporti specificatamente ribaditi

<sup>67</sup> <http://www.ecopassenger.org>.

<sup>68</sup> R. SAPIENZA, *Reti transeuropee e politica comunitaria di coesione economica e sociale*, in Rivista giuridica del Mezzogiorno, n. 4/2003, p. 1207 ss.

<sup>69</sup> R. ZUCCHETTI, M. RAVASIO (a cura di), *Trasporti e concorrenza*, Milano, 2001, p. 28. *Sulle ragioni dell'autonoma rilevanza riservata dai redattori del Trattato ai trasporti* cfr. anche F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996, p. 11.

<sup>70</sup> Trattato che istituisce la Comunità economica europea - Trattato, Roma, 25 marzo 1957.

*e riproposti, a causa della peculiarità del comparto in esame rispetto agli altri settori economici e del conseguente timore che, sulla scorta delle medesime, si potessero invocare, da parte degli Stati membri, regimi diversi per i trasporti rispetto ai principi del Trattato*".<sup>71</sup>

Ma i principi generali contenuti nel Trattato di Roma, istitutivi della comunità sopranazionale, richiedono per la loro attuazione pratica la realizzazione di atti idonei conferirgli forza di legge.

Emerge che regole poste a tutela della concorrenza hanno trovato una rapida applicazione grazie all'approvazione del Regolamento<sup>72</sup> 62/17/CEE, che da applicazione all'art. 81<sup>73</sup> e dell'art. 82<sup>74</sup>, non è stato così per la disciplina dei trasporti, sottratti dall'applicazione del Regolamento 62/17/CEE per mezzo o 62/141/CEE. Nel seguente regolamento si prevedeva di emanare entro breve tempo una disciplina ad hoc.

Si osserva che, almeno fino alla metà degli anni Settanta, l'azione della Comunità nel settore dei trasporti ha proceduto con notevole lentezza, e la dottrina ha trovato la motivazione nelle divergenti impostazioni degli Stati membri sull'attuazione della politica comune dei trasporti.<sup>75</sup>

L'unico settore che ha di fatto ricevuto una rapida e tempestiva regolamentazione è stato proprio quello dei trasporti terrestri mediante il Regolamento 68/1017/CEE, il quale recepisce e applica i principi contenuti nel titolo V e VI del Trattato, e successivamente l'emanazione del Regolamento 70/1107/CEE – relativo alla regolamentazione degli aiuti pubblici nel settore.

Nell'ordinamento comunitario, la materia della concorrenza nel settore dei trasporti trova la propria fonte primaria negli atti normativi ma è disciplinata anche negli atti ufficiali della Commissione<sup>76</sup> nonché in alcuni Libri Bianchi, che pur non essendo fonti normative in senso proprio assumono comunque rilevanza in quanto contengono la raccolta ufficiale di proposte della Commissione nel settore dei trasporti e costituiscono lo strumento per la loro successiva realizzazione.

Ad esempio, nel primo Libro bianco sui trasporti elaborato dalla Commissione nel 1992<sup>77</sup> essenziali risultano essere i concetti di liberalizzazione e di creazione del mercato.

Il legislatore comunitario non si è limitato a disciplinare e ad adattare nell'ambito dei trasporti terrestri i principi comunitari in materia di concorrenza, ma si è spinto anche nella regolamentazione di alcuni aspetti specifici che hanno contribuito alla creazione del mercato comune.

---

<sup>71</sup> F. MUNARI, *op. cit.*, p. 14; cfr. anche P. CHIRULLI, *Concorrenza, regolazione e tutela dei diritti nel trasporto ferroviario*, Napoli, 2016.

<sup>72</sup> Nell'ordinamento dell'Unione Europea (UE), il regolamento è una fonte di diritto derivato dai Trattati comunitari, insieme con le decisioni e le direttive.

<sup>73</sup> In materia di accordi, decisioni e pratiche concordate lesive della concorrenza.

<sup>74</sup> In materia di sfruttamento abusivo di posizione dominante.

<sup>75</sup> N. BELLINI, in *Trattato istitutivo della Comunità Economica Europea – Commentario*, R. QUADRI, A. TRABUCCHI (a cura di), I, Milano, 1965, p. 551.

<sup>76</sup> La Commissione europea è una delle principali istituzioni dell'Unione europea, suo organo esecutivo e promotrice del processo legislativo. La sua composizione prevede un delegato per ogni Stato membro dell'Unione europea (detto Commissario), richiedendo a ciascun delegato la massima indipendenza decisionale dal governo nazionale che lo ha indicato. Ha la sua sede principale nel Palazzo Berlaymont a Bruxelles.

Commissione Europea, Libro Bianco su "Lo sviluppo futuro della politica comune dei trasporti – una strategia globale per la realizzazione di un quadro comunitario atto a garantire una mobilità sostenibile" – COM/92/494def.

L'intervento del legislatore comunitario nel settore del trasporto ferroviario ha determinato l'introduzione di elementi di regolamentazione finalizzati a renderlo maggiormente competitivo rispetto agli altri modi di trasporto e a migliorarne l'efficienza complessiva.

Un primo intervento è costituito dal Regolamento 69/1192/CEE relativo alle norme comuni per la normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie. Pur con un intervento che risulta essere limitato alle sei aziende ferroviarie nazionali degli Stati membri all'epoca facenti parte della Comunità, il legislatore ha riconosciuto la penalizzazione patita dalle imprese ferroviarie circa l'elemento competitivo con le altre imprese di trasporto dovuta ai costi di produzione superiori e alle esternalità<sup>78</sup> positive ambientali non godute. A tal fine è stato previsto un meccanismo di normalizzazione dei conti al fine di individuare quelle compensazioni economiche<sup>79</sup> che rendano possibile la parità di trattamento tra i diversi modi di trasporto.

Altri interventi normativi sono stati posti, invece, al fine migliorare l'efficienza del settore dei trasporti ferroviari sempre partendo dall'elemento della concorrenza con le altre modalità di trasporto.

Un provvedimento fondamentale in questa direzione risulta essere la Direttiva 91/440/CEE che aveva l'obiettivo di predisporre strumenti per arrestare il declino dei sistemi nazionali, reso palese sia dalla continua riduzione delle quote di mercato del trasporto ferroviario, sia dal crescente ricorso a trasferimenti pubblici finalizzati alla copertura dei disavanzi<sup>80</sup> delle imprese di trasporto. La risposta si identifica nella creazione di un sistema europeo di mercati liberalizzati nei quali possa operare un numero aperto di aziende, regolato dalle leggi di mercato e dalla concorrenza.<sup>81</sup>

La Direttiva 91/440/CEE intende promuovere l'adeguamento delle ferrovie nel contesto comunitario attraverso l'incentivazione dell'autonomia gestionale, da conseguirsi attraverso la separazione della gestione dell'infrastruttura dalla gestione dei servizi di trasporto. Tale processo è obbligatorio sul piano contabile mentre rimane facoltativo sul piano organizzativo.<sup>82</sup>

Gli Stati membri sono pertanto chiamati ad adottare *“tutte le misure necessarie affinché le imprese ferroviarie dispongano, in materia di direzione, gestione, amministrazione e controllo amministrativo, economico e contabile interno, di uno status di indipendenza secondo la quale esse dispongono, in particolare, di un patrimonio, di un bilancio e d'una contabilità separati da quelli degli Stati”*.

---

<sup>78</sup> Esternalità In economia, gli effetti (detti anche effetti esterni o *economia esterna*) che l'attività di un'unità economica (individuo, impresa ecc.) esercita, al di fuori delle transazioni di mercato, sulla produzione o sul benessere di altre unità.

<sup>79</sup> Eliminazione delle voci di costo, compensazione con eventuali vantaggi goduti.

<sup>80</sup> Disavanzo Eccedenza delle uscite sulle entrate.

<sup>81</sup> U. ARRIGO, M. BECCARELLO, *Il trasporto ferroviario: la convergenza europea nel settore pubblico*, Milano, 2000, p. 11.

<sup>82</sup> L'art. 6 della direttiva 440 dispone infatti che: *“Gli Stati membri adottano le misure necessarie per garantire, sul piano della contabilità, la separazione delle attività relative all'esercizio dei servizi di trasporto da quelle relative alla gestione dell'infrastruttura ferroviaria. L'aiuto concesso ad una di queste due attività non può essere trasferito all'altra. I conti relativi a queste due attività sono tenuti in modo tale da riflettere tale divieto. Gli Stati membri possono inoltre prevedere che detta separazione comporti sezioni organiche distinte all'interno di una stessa impresa o che la gestione dell'infrastruttura sia esercitata da un ente distinto con riferimento a questo secondo comma buona parte della dottrina, come per esempio il S. Busti. – Profili innovativi nella disciplina comunitaria del trasporto ferroviario, in *Diritto dei Trasporti*, 2003, 27, l'art. 6, mette in risalto come tale norma introduca il principio della separazione solo contabile e non anche societaria fra le attività di gestione dell'infrastruttura e quelle di trasporto”*.

Nella direttiva viene inoltre stabilita la necessità di un intervento dei singoli stati membri della comunità di operare per un risanamento finanziario delle imprese ferroviarie nazionali, nonché la libertà di accesso all'infrastruttura ferroviaria per le associazioni ferroviarie internazionali.

A integrazione della direttiva n. 440, negli anni successivi l'Unione Europea ha emanato due nuovi regolamenti in tema di trasporto su rotaia da prima la Direttiva 95/18/CE relativa al rilascio delle licenze per le imprese ferroviarie; successivamente la Direttiva 95/19/CE, relativa alla ripartizione delle capacità di infrastruttura ferroviaria e alla riscossione dei diritti per l'uso della stessa.

Questi provvedimenti sono importanti perché introducono il principio della regolamentazione del pagamento per l'accesso alla rete e stabiliscono i seguenti principi in tema di regolazione e assegnazione dei diritti di accesso stesso parte del gestore della rete. Uno degli elementi di maggiore innovazione è costituito senza ombra di dubbio dall'introduzione nei sistemi ferroviari europei del regime dei canoni di accesso alla rete. Nel marzo 2011 la Commissione europea ha adottato una strategia globale per un sistema di trasporti competitivo in grado di incrementare la mobilità, rimuovere i principali ostacoli nelle aree principali e alimentare la crescita e l'occupazione. Allo stesso tempo, le proposte ridurranno drasticamente la dipendenza dell'Europa dalle importazioni di petrolio e diminuiranno del 60% le emissioni di carbonio nei trasporti entro il 2050.

### **6.1 Il primo, il secondo e il terzo pacchetto ferroviario**

La normativa sopra esaminata è stata modificata dall'emanazione delle tre Direttive n. 2001/12/CE, 2001/13/CE e 2001/14/CE<sup>84</sup>, che hanno dato ulteriore stimolo al processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario incidendo sulla precedente disciplina dettata dalle Direttive n. 91/440/CEE, n. 95/18/CEE e n. 95/19/CEE.

L'obiettivo che il legislatore europeo si è posto è stato quello di agevolare ulteriormente l'accesso delle imprese all'infrastruttura ferroviaria, nonché di soddisfare le richieste di tutti i tipi di utenti e di traffico, consentendo al soggetto gestore dell'infrastruttura di inserire sul mercato la capacità di infrastruttura disponibile al fine di utilizzarla in modo ottimale, migliorando il livello di affidabilità del servizio e, al tempo stesso, riducendo i costi che gravano sulla collettività.<sup>85</sup>

Le tre direttive hanno pertanto riformato gli elementi fondamentali del processo di liberalizzazione del trasporto ferroviario introducendo alcune novità destinate a produrre effetti di rilievo sugli assetti istituzionali ed economici nazionali connessi a tale modalità di trasporto.

Per continuare la strada intrapresa nel primo pacchetto ferroviario, su proposta della Commissione è stato varato il c.d. "*secondo pacchetto ferroviario*", composto da un insieme completo di misure annunciate nel Libro bianco sulla politica dei trasporti, quali il Regolamento 2004/881/CE, istitutivo dell'Agenzia ferroviaria europea e le direttive 2004/49/CE, 2004/50/CE e 2004/51/CE, che riguardano rispettivamente la

---

<sup>83</sup> Trasporti 2050.

<sup>84</sup> Note come "*primo pacchetto ferroviario*".

<sup>85</sup> I. PICCIANO, *I confini interpretativi della dottrina dell'essential facility e sua applicazione al mercato del trasporto ferroviario in Italia: problemi e limiti*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, n. 2, 2004, p. 396.

<sup>86</sup> Commissione Europea, *op. cit.*

sicurezza delle ferrovie, l'interoperabilità del sistema ferroviario transeuropeo convenzionale ed un'ulteriore apertura del mercato dei trasporti ferroviario delle merci.

In questa sede assume rilevanza la direttiva 2004/51/CE che modifica la direttiva 91/440/CEE stabilendo, tra l'altro, l'estensione dei diritti di accesso alla rete a tutti i tipi di servizi di trasporto ferroviario di merci, a decorrere dal 1° gennaio 2007. Questa liberalizzazione, conformemente al principio della libera prestazione dei servizi, migliora l'efficienza del trasporto ferroviario rispetto agli altri modi di trasporto e contribuisce inoltre ad un sistema di trasporti sostenibili tra gli Stati membri e al loro interno, stimolando la concorrenza e attirando nuovi capitali e nuove imprese.

Il processo sopra descritto continua con la creazione del terzo pacchetto ferroviario, approvato il 23 ottobre 2007 l'obiettivo del legislatore europeo è stato quello di creare uno spazio ferroviario europeo integrato, con l'obiettivo di rendere i trasporti per ferrovia più competitivi ed attraenti per gli utenti. Il pacchetto è costituito da due direttive:

La direttiva n. 2007/59/CE, relativa alla certificazione dei macchinisti addetti alla guida di locomotori e treni sul sistema ferroviario della Comunità.

La direttiva 2007/58/CE<sup>87</sup>, relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, ha lo scopo di aprire il mercato dei servizi internazionali di trasporto passeggeri all'interno della Comunità.

## **6.2 Il quarto pacchetto, il diritto di accesso, intermodalità e l'Agenzia dell'Unione Europea per la sicurezza**

A livello europeo si è completato l'iter del quarto pacchetto ferroviario che ha modificato profondamente il quadro regolamentare nel settore ferroviario, nel primo paragrafo descritto. Si propone un approccio integrato volto a rivitalizzare il trasporto ferroviario dell'UE per favorire la creazione di uno spazio ferroviario unico europeo<sup>89</sup>.

Il quarto pacchetto ferroviario si compone, di tre regolamenti e tre direttive accompagnati da una comunicazione<sup>90</sup>, da una relazione sul profilo e i compiti degli altri membri del personale viaggiante da una relazione sulla liberalizzazione del mercato del trasporto ferroviario internazionale di passeggeri.

La Commissione europea ha presentato il pacchetto il 30 gennaio 2013 e, ad esito di un lungo iter, a maggio 2016 sono stati pubblicati il Regolamento (UE) 2016/796 del Parlamento europeo e del Consiglio il quale istituisce un'Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie e che abroga il Regolamento (CE) n. 881/2004, la direttiva (UE)

---

<sup>87</sup> La direttiva stabilisce le condizioni e le procedure per la certificazione dei macchinisti addetti alla condotta dei locomotori e dei treni nel sistema ferroviario della Comunità. Stabilisce i compiti che incombono alle autorità competenti degli Stati membri, ai macchinisti e agli altri soggetti operanti nel settore, con particolare riferimento alle imprese ferroviarie, ai gestori delle infrastrutture ed ai centri di formazione.

<sup>88</sup> La direttiva 2007/58/CE modifica la direttiva 91/440/CEE del Consiglio relativa allo sviluppo delle ferrovie comunitarie e la direttiva 2001/14/CE relativa alla ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria.

<sup>89</sup> Cfr. N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in S. CASSESE (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo*, II, Milano, 2003, p. 2266.

<sup>90</sup> Quarto pacchetto ferroviario – Completare lo spazio ferroviario europeo unico per favorire la competitività e la crescita europee.

2016/797<sup>91</sup> relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario europeo e la direttiva (UE) 2016/798 sulla sicurezza delle ferrovie.

Tali interventi sono diretti ad assicurare un processo di omogeneizzazione sotto il profilo tecnico in relazione alla sicurezza e all'interoperabilità del sistema ferroviario dell'Unione. A dicembre 2016 sono infine stati pubblicati, il Regolamento (UE) 2237/2016 relativo alla normalizzazione dei conti delle aziende ferroviarie che abroga il regolamento (CEE) n. 1192/69 del Consiglio, il quale permetteva agli Stati membri di compensare 40 imprese ferroviarie che figurano in un elenco per il pagamento di obblighi che le imprese operanti in altri settori di trasporto non devono sostenere. Il Regolamento (UE) 2238/2016 che, modificando il Regolamento (CE) 1370/2007<sup>92</sup>, introduce norme sull'apertura del mercato dei servizi di trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia; la direttiva (UE) 2016/2370 che riguarda l'apertura del mercato dei servizi di trasporto ferroviario nazionale di passeggeri e la governance dell'infrastruttura ferroviaria, modificando la direttiva 2012/34/UE, ossia la direttiva che istituisce lo spazio ferroviario unico europeo.<sup>93</sup>

Questi interventi sono quindi diretti ad una progressiva liberalizzazione del trasporto ferroviario e costituiscono il "pilastro politico" del quarto pacchetto.

Alla base degli atti costituenti il quarto pacchetto ferroviario si pone la considerazione di una sostanziale stasi nello sviluppo del trasporto ferroviario.

Malgrado, infatti, gli sviluppi positivi registrati in alcuni mercati, se si considera l'Unione europea nel suo complesso, la parte modale del trasporto ferroviario di merci ha subito un'inversione di tendenza dal 2000 passando, alla data di presentazione del pacchetto ferroviario, dall'11,5 al 10,2%<sup>94</sup>; sempre nello stesso periodo la percentuale del trasporto ferroviario di passeggeri si è mantenuta pressoché costante, intorno al 6%.

Ad avviso della Commissione tale situazione è imputabile ad una serie di fattori quali: i problemi di efficienza derivanti dall'assenza di adeguati stimoli concorrenziali; il fatto che in determinati Stati membri i finanziamenti pubblici sono erogati direttamente, senza ricorso a procedure concorrenziali; la durata eccessiva e i costi elevati delle procedure di autorizzazione; gli ostacoli all'ingresso sul mercato di nuovi operatori derivanti tra l'altro

---

<sup>91</sup> La presente direttiva stabilisce le condizioni da soddisfare per realizzare l'interoperabilità del sistema ferroviario dell'Unione in modo compatibile con la direttiva (UE) 2016/798, al fine di definire un livello ottimale di armonizzazione tecnica, per consentire di facilitare, migliorare e sviluppare i servizi di trasporto ferroviario all'interno dell'Unione e con i paesi terzi e di contribuire al completamento dello spazio ferroviario europeo unico e al progressivo perfezionamento del mercato interno. Tali condizioni riguardano la progettazione, la costruzione, la messa in servizio, la ristrutturazione, il rinnovo, l'esercizio e la manutenzione degli elementi di tale sistema, nonché le qualifiche professionali e le condizioni di salute e di sicurezza applicabili al personale che contribuisce all'esercizio e alla manutenzione del sistema.

<sup>92</sup> Il regolamento ha lo scopo di definire con quali modalità le autorità competenti possono intervenire, nel rispetto del diritto comunitario, nel settore dei trasporti pubblici di passeggeri per garantire la fornitura di servizi di interesse generale che siano, tra l'altro, più numerosi, più sicuri, di migliore qualità o offerti a prezzi inferiori a quelli che il semplice gioco delle forze del mercato consentirebbe di fornire. A tal fine, il presente regolamento stabilisce le condizioni alle quali le autorità competenti, allorché impongono o stipulano obblighi di servizio pubblico, compensano gli operatori di servizio pubblico per i costi sostenuti e/o conferiscono loro diritti di esclusiva in cambio dell'assolvimento degli obblighi di servizio pubblico.

<sup>93</sup> Recepita nel nostro ordinamento con il decreto legislativo n.112/2015.

<sup>94</sup> [https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Passenger\\_transport\\_statistics/it&oldid=465028#:~:text=Per%20quanto%20riguarda%20il%20trasporto,il%20Lussemburgo%20\(28%20%25\)](https://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php?title=Passenger_transport_statistics/it&oldid=465028#:~:text=Per%20quanto%20riguarda%20il%20trasporto,il%20Lussemburgo%20(28%20%25).).

dalle divergenze tra le pertinenti norme dei vari Stati membri; le distorsioni del mercato; lo sviluppo insoddisfacente delle strutture.

Le misure contenute nel quarto pacchetto intendono fornire una soluzione ai problemi precedentemente descritti e si articolano in quattro settori di intervento:

- garantire l'efficienza e l'omologazione delle norme al fine di ridurre gli oneri tecnici e amministrativi per le imprese ferroviarie e favorire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato. L'attuazione di tali misure dovrebbe tradursi in una riduzione del 20% sia dei tempi di accesso al mercato per i nuovi operatori, sia del costo e della durata delle procedure di autorizzazione del materiale rotabile, con un risparmio complessivo per le imprese stimato in circa 500 milioni di euro entro il 2025;
- migliorare la qualità e diversificare l'offerta di servizi grazie all'ingresso di nuovi operatori nella gestione del trasporto nazionale di passeggeri per ferrovia a decorrere dal dicembre 2019. L'attuazione di tali misure, associate alle riforme strutturali, dovrebbe assicurare, entro il 2035, più di 40 miliardi di euro di benefici finanziari ai cittadini e alle imprese;
- al fine di scongiurare i conflitti di interesse e garantire a tutte le imprese un accesso non discriminatorio al mercato, garantire una gestione più equa ed efficiente della rete, rafforzando il ruolo dei gestori dell'infrastruttura per quanto riguarda il controllo di tutte le funzioni centrali della rete ferroviaria e stabilendo l'indipendenza operativa e finanziaria dei gestori dell'infrastruttura da tutti gli operatori che forniscono servizi di trasporto ferroviario;
- assicurare la presenza di personale qualificato e motivato per operare in un contesto innovativo e competitivo derivante dalla maggiore apertura dei mercati ferroviari.

Tali misure dovrebbero permettere al settore ferroviario di realizzare pienamente il suo potenziale, migliorando l'affidabilità e l'efficienza dei servizi offerti, e di incrementare la propria quota di mercato diventando in tal modo una valida alternativa alle altre modalità di trasporto.<sup>95</sup>

L'Unione europea punta ad accelerare l'integrazione della propria rete ferroviaria introducendo condizioni e norme comuni, che contribuiscono a garantire livelli elevati di sicurezza ed efficienza.

La Direttiva 2008/57/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 giugno 2008, relativa all'interoperabilità<sup>96</sup> del sistema ferroviario comunitario essa stabilisce le condizioni da soddisfare per ottenere l'interoperabilità del sistema ferroviario dell'UE in modo compatibile con la direttiva 2004/49/CE sulla sicurezza ferroviaria, in particolare relativamente alle procedure per autorizzare la messa in servizio di veicoli ferroviari.

Le condizioni riguardano la progettazione, la costruzione, la messa in servizio, la ristrutturazione, il rinnovamento, l'esercizio e la manutenzione di tale sistema. Si riferiscono inoltre alle qualifiche professionali e alle condizioni sanitarie e di sicurezza del personale responsabile dell'esercizio e della manutenzione del sistema.

L'UE persegue il proprio obiettivo di sistema ferroviario interoperabile<sup>97</sup> adottando e successivamente attuando norme tecniche uniformi applicabili in tutti i paesi dell'Unione.

---

<sup>95</sup> IX Commissione Camera dei Deputati, Il trasporto ferroviario, il quarto pacchetto [https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18\\_il\\_sistema\\_ferroviano.html](https://temi.camera.it/leg18/temi/tl18_il_sistema_ferroviano.html).

<sup>96</sup> Interoperabilità: la capacità di un sistema ferroviario di consentire il movimento sicuro e ininterrotto di treni che raggiungono i livelli di prestazione richiesti per tali linee.

<sup>97</sup> Sia ad alta velocità che convenzionale

La direttiva stabilisce i requisiti essenziali relativi alla sicurezza<sup>98</sup>, all'affidabilità<sup>99</sup>, alla salute delle persone, alla protezione dell'ambiente, ed alla compatibilità tecnica e all'esercizio del sistema. Essa stabilisce le specifiche tecniche di interoperabilità<sup>100</sup> (STI) adottate dall'Agenzia ferroviaria europea per ogni sottosistema o parte di sottosistema, come richiesto dalla presente direttiva. Infine, la direttiva detta le specifiche europee corrispondenti.

La Commissione europea ha facoltà di adottare ulteriori disposizioni normative relative ad aspetti specifici riguardanti l'interoperabilità ferroviaria. Gli aspetti affrontati da tale normativa comprendono la disciplina dei vagoni merci e locomotive, l'accessibilità al sistema ferroviario per le persone disabili e con mobilità ridotta e la sicurezza nelle gallerie. La direttiva (UE) 2016/797<sup>101</sup> è invece relativa all'interoperabilità del sistema ferroviario dell'Unione europea, essa prevede di stabilisce le condizioni da soddisfare per realizzare l'interoperabilità nel sistema ferroviario dell'Unione europea. La direttiva ha lo scopo di agevolare, migliorare e sviluppare i servizi di trasporto ferroviario all'interno dell'UE e con i paesi extra-UE, contribuendo in tal modo al completamento dello spazio ferroviario europeo unico e favorendo il passaggio a tipi di trasporto più efficienti. La direttiva è uno dei tre atti legislativi che coprono gli aspetti tecnici del quarto pacchetto ferroviario, il quale mira a rivitalizzare il settore ferroviario e a fornire una migliore qualità del servizio e una maggiore scelta ai passeggeri. Funziona unitamente al regolamento (UE) 2016/796 sull'Agenzia ferroviaria europea e alla direttiva (UE) 2016/798<sup>102</sup> sulla sicurezza ferroviaria.

A seguito della pandemia da SARS-CoV-2, la direttiva è stata modificata dalla direttiva (UE) 2020/700<sup>103</sup> per prorogarne il periodo di recepimento nel diritto nazionale dei paesi dell'UE.

---

<sup>98</sup> Ad esempio, di componenti quali l'apparecchiatura di frenatura.

<sup>99</sup> Ad esempio, il monitoraggio e la manutenzione dei componenti fondamentali.

<sup>100</sup> Le Specifiche Tecniche di Interoperabilità (STI) sono documenti emanati come Regolamenti della Commissione europea e, in quanto tali, sono pubblicati nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

<sup>101</sup> La presente direttiva stabilisce le condizioni da soddisfare per realizzare l'interoperabilità del sistema ferroviario dell'Unione in modo compatibile con la direttiva (UE) 2016/798, al fine di definire un livello ottimale di armonizzazione tecnica, per consentire di facilitare, migliorare e sviluppare i servizi di trasporto ferroviario all'interno dell'Unione e con i paesi terzi e di contribuire al completamento dello spazio ferroviario europeo unico e al progressivo perfezionamento del mercato interno. Tali condizioni riguardano la progettazione, la costruzione, la messa in servizio, la ristrutturazione, il rinnovo, l'esercizio e la manutenzione degli elementi di tale sistema, nonché le qualifiche professionali e le condizioni di salute e di sicurezza applicabili al personale che contribuisce all'esercizio e alla manutenzione del sistema.

<sup>102</sup> La direttiva 2016/798 stabilisce disposizioni volte a sviluppare e a migliorare la sicurezza del sistema ferroviario dell'Unione e a migliorare l'accesso al mercato per la prestazione di servizi ferroviari mediante: a) l'armonizzazione della struttura normativa negli Stati membri; b) la ripartizione delle responsabilità fra gli attori interessati nel sistema ferroviario dell'Unione; c) lo sviluppo di obiettivi comuni di sicurezza (CST) e di metodi comuni di sicurezza (CSM) per eliminare gradualmente la necessità di norme nazionali; d) la definizione dei principi per rilasciare, rinnovare, modificare e limitare o revocare i certificati di sicurezza e le autorizzazioni di sicurezza; e) l'istituzione da parte di ciascuno Stato membro di un'autorità nazionale preposta alla sicurezza e di un organismo investigativo sugli incidenti e sugli inconvenienti; e f) la definizione di principi comuni per la gestione, la regolamentazione e la supervisione della sicurezza ferroviaria.

<sup>103</sup> La direttiva (UE) 2016/797 è così modificata all'articolo 54, il paragrafo 4 è sostituito dal seguente: «4. *Al più tardi a decorrere dal 16 giugno 2019 l'Agenzia svolge i compiti in materia di autorizzazione ai sensi degli articoli 21 e 24 e i compiti di cui all'articolo 19 per quanto concerne le aree d'uso negli Stati membri che non hanno dato comunicazione all'Agenzia e alla Commissione conformemente all'articolo 57, paragrafo 2. In deroga agli articoli 21 e 24, le autorità nazionali preposte alla sicurezza degli Stati membri*

La direttiva si applica al sistema ferroviario nei paesi dell'UE ed essa risulta comprendere veicoli e infrastrutture, energia, sistemi di segnalamento e applicazioni telematiche<sup>104</sup> per il trasporto merci e passeggeri, accessibilità per le persone a mobilità ridotta, problemi legati al rumore.

La direttiva invece non trova applicazione per le metropolitane, i tram e sistemi di trasporto leggero su rotaia e infrastrutture utilizzate esclusivamente da questi veicoli, le reti che non fanno parte dei sistemi ferroviari dell'UE e che effettuano soltanto servizi passeggeri locali, urbani o suburbani, e alle aziende che operano esclusivamente su tali reti.

La direttiva stabilisce le condizioni riguardanti la progettazione, la costruzione, la messa in servizio, la ristrutturazione, il rinnovo, il funzionamento e la manutenzione delle parti del sistema; nonché le qualifiche professionali e le condizioni di salute e di sicurezza applicabili al personale che contribuisce al funzionamento e alla manutenzione del sistema. Queste condizioni assumono la forma di requisiti armonizzati che coprono I requisiti essenziali riguardanti la sicurezza, l'affidabilità<sup>105</sup>, la salute umana e la tutela dell'ambiente, la compatibilità tecnica e il funzionamento del sistema, le specifiche tecniche di interoperabilità (STI) per ciascun sottosistema o parte di sottosistema e gli standard europei collegati e altri documenti che consentono agli organismi coinvolti di dimostrare la loro conformità ai requisiti essenziali e alle STI.

La direttiva definisce le procedure relative ai componenti e ai sistemi interoperabili riguardanti: le condizioni per l'immissione sul mercato, la conformità o l'idoneità all'uso; le procedure nei casi di non conformità ai requisiti essenziali.<sup>106</sup>

Direttiva (UE) 2016/798 sulla sicurezza delle ferrovie, gli obiettivi che la direttiva si pone sono quelli di migliorare la sicurezza ferroviaria in tutta l'UE rivedendo il ruolo delle autorità nazionali di sicurezza e ridistribuire la responsabilità tra loro e l'Agenzia dell'Unione europea per le ferrovie.

La direttiva costituisce uno dei tre atti legislativi che riguardano gli aspetti tecnici del quarto pacchetto ferroviario che mira a rivitalizzare il settore ferroviario e a fornire una migliore qualità del servizio e maggiori possibilità di scelta per i passeggeri. Essa si affianca al regolamento (UE) 2016/796<sup>107</sup> che istituisce un'Agenzia dell'Unione europea

---

*che hanno dato comunicazione all'Agenzia e alla Commissione conformemente all'articolo 57, paragrafo 2, possono continuare a rilasciare autorizzazioni ai sensi della direttiva 2008/57/CE fino al 16 giugno 2020. In deroga agli articoli 21 e 24, le autorità nazionali preposte alla sicurezza degli Stati membri che hanno dato comunicazione all'Agenzia e alla Commissione conformemente all'articolo 57, paragrafo 2 bis, possono continuare a rilasciare autorizzazioni ai sensi della direttiva 2008/57/CE fino al 31 ottobre 2020.»; all'articolo 57 è inserito il paragrafo seguente: «2 bis. Gli Stati membri che hanno prorogato il termine di recepimento conformemente al paragrafo 2 possono prorogare ulteriormente tale termine fino al 31 ottobre 2020. Le relative misure di recepimento si applicano a decorrere da tale data. Tali Stati membri ne danno comunicazione all'Agenzia e alla Commissione entro il 29 maggio 2020.»; all'articolo 58, primo comma, la data «16 giugno 2020» è sostituita dalla data «31 ottobre 2020».*

<sup>104</sup> Ad esempio sistemi di biglietteria.

<sup>105</sup> Ad esempio, il monitoraggio e la manutenzione di componenti essenziali.

<sup>106</sup> EUR-LEX, Direttiva (UE) 2016/797.

<sup>107</sup> Il presente regolamento stabilisce l'istituzione e i compiti dell'Agenzia e i compiti degli Stati membri nel contesto del presente regolamento. Il regolamento 2016/796 sostiene l'istituzione dello spazio ferroviario europeo unico e, in particolare, gli obiettivi connessi: a) all'interoperabilità nel sistema ferroviario dell'Unione, oggetto della direttiva (UE) 2016/797; alla sicurezza del sistema ferroviario dell'Unione, oggetto della direttiva (UE) 2016/798; alla certificazione dei macchinisti dei treni, oggetto della direttiva 2007/59/CE del Parlamento europeo e del Consiglio.

per le ferrovie e alla direttiva (UE) 2016/797 sull'interoperabilità della rete ferroviaria dell'UE.

A seguito dello scoppio della pandemia di Covid-19 nel 2020, la direttiva è stata modificata dal regolamento (UE) 2020/698<sup>108</sup> e dalla direttiva (UE) 2020/700 per prorogare il termine per l'integrazione della direttiva nel diritto nazionale dei paesi dell'UE.

La direttiva stabilisce una serie di misure volte a sviluppare e migliorare la sicurezza e ad agevolare l'accesso al mercato per i servizi di trasporto ferroviario. In essa troviamo l'istituzione dell'Agenzia come ente che rilascia certificati di sicurezza alle imprese ferroviarie che operano in più di un paese dell'UE; la definizione delle responsabilità dei diversi organismi coinvolti nel sistema ferroviario europeo; lo sviluppo di obiettivi comuni di sicurezza e di metodi comuni di sicurezza allo scopo di eliminare le norme nazionali e di conseguenza le barriere che ostacolano lo sviluppo di un unico spazio ferroviario europeo; la definizione dei principi per rilasciare, rinnovare, modificare e limitare o revocare i certificati di sicurezza e le autorizzazioni di sicurezza e l'istituzione da parte di ciascun paese dell'UE di un'autorità nazionale preposta alla sicurezza e di un organismo investigativo sugli incidenti e sugli inconvenienti ferroviari ed infine la definizione di principi comuni per la gestione e la supervisione della sicurezza ferroviaria.

La disciplina contenuta nella direttiva si applica al sistema ferroviario nei paesi dell'UE ma non trova applicazione a metropolitane, tram e sistemi di trasporto leggero su rotaia e infrastrutture utilizzate esclusivamente da questi veicoli, reti che non fanno parte del sistema ferroviario dell'UE e che effettuano soltanto servizi passeggeri locali, urbani o suburbani, insieme alle aziende che operano esclusivamente su tali reti.

Nell'ambito delle rispettive competenze ai sensi del diritto dell'Unione europea, l'Agenzia e i paesi dell'UE sono responsabili del mantenimento e del miglioramento della sicurezza ferroviaria con particolare attenzione alla prevenzione degli incidenti<sup>109</sup>.

I paesi dell'UE sono altresì tenuti a garantire che le misure relative allo sviluppo e al miglioramento della sicurezza seguano un approccio sistemico e che la responsabilità del funzionamento sicuro del sistema ferroviario dell'Unione e del controllo dei rischi che ne derivano incomba ai gestori dell'infrastruttura e alle imprese ferroviarie.

La valutazione dei livelli di sicurezza, il raggiungimento degli obiettivi di sicurezza e la conformità con gli altri requisiti di sicurezza vengono stabiliti mediante metodi comuni di sicurezza. In particolare, metodi comuni per la valutazione del rischio, la valutazione della conformità per il rilascio dei certificati di sicurezza e delle autorizzazioni di sicurezza, la vigilanza da parte delle autorità nazionali preposte alla sicurezza e per il monitoraggio da parte delle imprese ferroviarie, dei gestori dell'infrastruttura e degli organismi responsabili della manutenzione delle linee ferroviarie e la valutazione del raggiungimento degli obiettivi di sicurezza a livello europeo e nazionale.

Gli obiettivi minimi di sicurezza che devono essere raggiunti dal sistema ferroviario europeo nel suo insieme sono stabiliti negli obiettivi comuni di sicurezza. Gli obiettivi

---

<sup>108</sup> Il regolamento 2020/698 stabilisce misure specifiche e temporanee applicabili al rinnovo e alla proroga del periodo di validità di taluni certificati, licenze e autorizzazioni, nonché al rinvio di determinate verifiche e attività di formazione e addestramento periodiche in risposta alle circostanze straordinarie venutesi a creare con l'epidemia di Covid-19 nei settori dei trasporti stradali, ferroviari e per vie navigabili interne e della sicurezza marittima.

<sup>109</sup> Cfr. G. PRUNEDDU, *Contratto di trasporto ferroviario e diritto dei trasporti: spunti su vecchie questioni nel contesto attuale*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, XV, 2017, p. 123-140.

comuni di sicurezza possono assumere la forma di criteri di accettazione del rischio o di obiettivo dei livelli di sicurezza.

L'accesso alle infrastrutture ferroviarie dell'UE sarà concesso solo alle società in possesso di un certificato di sicurezza unico rilasciato dall'Agenzia o dalle autorità di sicurezza nazionali competenti. Lo scopo del certificato è dimostrare che la società in questione ha posto in essere un proprio sistema di gestione della sicurezza ed è in grado di operare in modo sicuro nell'area di esercizio prevista.<sup>110</sup>

La direttiva 2016/2370/UE integra il disegno della “Recast”<sup>111</sup> con la finalità di liberalizzare l'accesso al mercato nazionale dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, e, in questo quadro, completa la riforma della *governance* dei gestori dell'infrastruttura.

Con riguardo a tale ultimo aspetto, il legislatore europeo intende assicurare che alcune funzioni del gestore dell'infrastruttura, in particolare le decisioni relative all'assegnazione delle tracce ferroviarie e all'imposizione dei canoni per l'utilizzo dell'infrastruttura, siano - in quanto funzioni essenziali - esercitate in modo imparziale, così da non generare discriminazioni, compromettendo la concorrenza tra operatori.

Si tratta, come è evidente, di una precondizione per il corretto funzionamento del mercato europeo dei servizi di trasporto ferroviario passeggeri nel quale in numerosi Stati membri, come in Italia, il gestore dell'infrastruttura, seppure costituito come entità giuridica distinta; tuttavia, faccia parte di una holding che controlla anche imprese ferroviarie di trasporto passeggeri o di merci. Su questo punto, come noto, per le finalità di liberalizzazione del mercato interno, la proposta originaria della Commissione europea prevedeva la separazione strutturale del gestore dell'infrastruttura. È proprio questa la prima delle quattro questioni in relazione alle quali riteniamo opportuno suggerire specifiche proposte di modifica dello schema di decreto legislativo.

Al riguardo, la direttiva 2016/2370/UE si prefigge la finalità di evitare che i responsabili delle decisioni inerenti all'esercizio delle funzioni essenziali del gestore dell'infrastruttura possano, passando alle dipendenze o collaborando con altre entità giuridiche appartenenti al medesimo gruppo verticalmente integrato, esercitare un'influenza determinante sull'indipendenza e l'imparzialità del gestore stesso.

In secondo luogo, per quanto concerne la trasparenza finanziaria del gestore dell'infrastruttura, la direttiva stabilisce che le entrate del gestore dell'infrastruttura derivanti da attività beneficiarie di fondi pubblici, debbano essere utilizzate dal gestore stesso solo per finanziare la propria attività<sup>112</sup>, e precisa che i dividendi derivanti da tali entrate non possano essere distribuiti a imprese ferroviarie verticalmente integrate nello stesso gruppo al quale appartiene il gestore o alla capogruppo che le controlli entrambe .

In terzo luogo, la direttiva prevede – come eccezione al principio della liberalizzazione dei servizi di trasporto passeggeri via ferrovia – che il diritto delle imprese ferroviarie di entrare nel mercato accedendo all'infrastruttura ferroviaria possa essere limitato qualora ne derivi una compromissione dell'equilibrio economico di un contratto di servizio pubblico.

---

<sup>110</sup> EUR-LEX Direttiva (UE) 2016/798.

<sup>111</sup> La direttiva 2016/2370/UE integra il disegno della “Recast” ovvero “*rifusione*” con la finalità di liberalizzare l'accesso al mercato nazionale dei servizi di trasporto passeggeri per ferrovia, e, in questo quadro, completa la riforma della *governance* dei gestori dell'infrastruttura.

<sup>112</sup> Inclusa la gestione e il rimborso dei prestiti.

In quarto luogo si prevede l'istituzione di un sistema comune di informazione e di biglietteria integrata.<sup>113</sup>

Nei paragrafi precedenti si è potuto osservare che uno dei principali obiettivi del legislatore europeo nell'ambito dei trasporti ferroviari è stata la creazione di uno spazio comune per tutti i paesi membri. Per realizzarlo concretamente è necessaria una regolamentazione armonizzata tra i Paesi membri, che abbracci sia gli aspetti legati alla sicurezza delle ferrovie sia gli aspetti tecnici di interoperabilità.

Per perseguire efficacemente tali obiettivi è stata istituita L'Agenzia ferroviaria europea (*European Railway Agency* ERA), con il Regolamento n. 881/2004<sup>114</sup>, successivamente resa operativa nel 2006. Il Regolamento del 2004 è stato di recente abrogato ad opera del Regolamento n. 796 del 2016, adottato nell'ambito del *IV Pacchetto Ferroviario*.

Si può dire sin d'ora che all'Agenzia viene riconosciuto un ruolo più ampio, Il quarto pacchetto ferroviario contiene cambiamenti importanti volti a migliorare il funzionamento dello spazio ferroviario europeo unico attraverso una modifica mediante rifusione della direttiva 2004/49/CE e della direttiva 2008/57/CE, entrambe direttamente correlate ai compiti dell'Agenzia.

Tali direttive prevedono in particolare l'esecuzione di compiti legati al rilascio di autorizzazioni dei veicoli e certificati di sicurezza a livello dell'unione, il che implica un ruolo più ampio dell'Agenzia.

L'Agenzia può inviare raccomandazioni all'attenzione della Commissione relativamente agli indicatori comuni di sicurezza (CSI), ai metodi comuni di sicurezza (CSM) e agli obiettivi comuni di sicurezza (CST) previsti agli articoli 5, 6 e 7 della direttiva (UE) 2016/798. Essa invia raccomandazioni anche al fine di promuoverne la revisione, su richiesta della Commissione o di propria iniziativa. Allo stesso modo risulta essere competente ad emanare linee guida per assistere le autorità nazionali preposte alla sicurezza in merito al controllo delle imprese ferroviarie, dei gestori dell'infrastruttura e di altri soggetti, conformemente all'articolo 17 della direttiva (UE) 2016/798.

Può inviare altresì alla Commissione raccomandazioni sui CSM riguardanti ogni elemento del sistema di gestione della sicurezza che deve essere armonizzato a livello di Unione, conformemente all'articolo 9, paragrafo 7, della direttiva (UE) 2016/798.

Inoltre, emana linee guida e altri documenti non vincolanti per facilitare l'applicazione della legislazione in materia di sicurezza ferroviaria, compresa la prestazione di assistenza agli Stati membri nell'individuazione delle norme nazionali che possono essere abrogate a seguito dell'adozione e/o revisione dei CSM e orientamenti per l'adozione di nuove norme nazionali, o per la modifica di norme nazionali esistenti. L'Agenzia può anche emanare linee guida sulla sicurezza ferroviaria e sulla certificazione di sicurezza, ivi compresi elenchi di esempi di buone prassi, in particolare per i trasporti transfrontalieri e le infrastrutture.

---

<sup>113</sup> Eur-Lex, Direttiva (UE) 2016/2370.

<sup>114</sup> L'Agenzia ha il compito di contribuire sul piano tecnico all'attuazione della normativa comunitaria finalizzata a migliorare la posizione concorrenziale del settore ferroviario potenziando il livello di interoperabilità dei sistemi ferroviari e a sviluppare un approccio comune in materia di sicurezza del sistema ferroviario europeo, nella prospettiva di concorrere alla realizzazione di uno spazio ferroviario europeo senza frontiere, in grado di garantire un elevato livello di sicurezza.

Dalla lettura dell'articolo 13 del Regolamento si rileva come, in realtà, nessuno degli atti dell'Agenzia<sup>115</sup> abbia valore immediatamente cogente ma gli stessi ricoprono comunque una funzione di primo piano ai fini della progressiva armonizzazione della materia tramite meccanismi che saranno oggetto di trattazione e che regolano i rapporti tra l'Agenzia e le autorità nazionali preposte alla sicurezza<sup>116</sup>.

### **7. Conclusioni alla luce del Piano Nazionale Ripresa e Resilienza**

Da quanto è stato illustrato nel presente lavoro, si evidenzia la maggiore attenzione<sup>117</sup> che l'Unione Europea e i singoli Stati hanno riservato e continueranno a riservare alle reti transeuropee e in particolare al settore ferroviario<sup>118</sup>.

Si fa presente, inoltre, che con gli ultimi interventi, tra cui senza dubbio figura il Piano Nazionale Ripresa e Resilienza italiano, gli Stati membri hanno stanziato importanti fondi da destinare al miglioramento delle infrastrutture ferroviarie.

Sul punto, si legge nella Missione 3<sup>119</sup> - Componente 1 del PNRR che mette a disposizione oltre 24 miliardi di euro per la rete ferroviaria, che l'Italia mira a rendere, entro il 2026, il sistema infrastrutturale più moderno, digitale e sostenibile, in grado di rispondere alla sfida della decarbonizzazione indicata dall'Unione Europea con le strategie connesse allo European Green Deal<sup>120</sup> e di raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile individuati dall'agenda 2030 delle Nazioni Unite.

Il PNRR precisa che la predetta componente è dedicata al completamento dei principali assi ferroviari ad alta velocità ed alta capacità, all'integrazione fra questi e la rete ferroviaria regionale nonché alla messa in sicurezza dell'intera rete ferroviaria. L'obiettivo principale resta comunque quello di potenziare il trasporto su ferro di passeggeri e merci, aumentando la capacità e la connettività della ferrovia e migliorando la qualità del servizio lungo i principali collegamenti nazionali e regionali, anche attraverso il rafforzamento dei collegamenti transfrontalieri.

Durante il mese di novembre 2021, il Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili e Rete Ferroviaria Italiana hanno sottoscritto l'Aggiornamento 2020/2021 del Contratto di Programma 2017/2021 per la parte degli investimenti che prevede l'assegnazione di ulteriori risorse per un valore di circa 31,7 mld di euro. Più nel dettaglio, per proseguire gli interventi di messa in sicurezza delle linee, sono previsti ulteriori 2.690,46 milioni di euro per contenere i rischi nelle gallerie, nelle zone sismiche e in quelle soggette a dissesto idrogeologico, interventi per la salvaguardia dell'ambiente e la mitigazione del rumore, per la soppressione dei passaggi a livello e per la Cyber security.

---

<sup>115</sup> Sul punto L. LORENZONI, *La regolazione del settore ferroviario nazionale: l'istituzione dell'Autorità indipendente dei trasporti, la mancata indipendenza del gestore della rete e la sanzione della Corte di Giustizia*, in *www.apertacontrada.it*, 2013, p. 1.

<sup>116</sup> In Italia l'ANSF.

<sup>117</sup> Commissione europea, [https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/transport-and-green-deal\\_it](https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal/transport-and-green-deal_it).

<sup>118</sup> Cfr. A. AIT ALI, J. ELIASSON, *European railway deregulation: an overview of market organization and capacity allocation*, in *Transportmetrica A: Transport Science*, 2021.

<sup>119</sup> Le proposte di interventi infrastrutturali e tecnologici nel settore ferroviario consistono nello: sviluppo dell'alta velocità/capacità e alla velocizzazione della rete ferroviaria per passeggeri e merci; completamento dei corridoi ferroviari TEN-T; completamento delle tratte di valico; potenziamento dei nodi, delle direttrici ferroviarie e delle reti regionali; riduzione del gap infrastrutturale Nord-Sud.

<sup>120</sup> In particolare la "strategia per la mobilità intelligente e sostenibile", pubblicata il 9 Dicembre 2020.

Nuove risorse per 3.561,63 milioni di euro sono finalizzate all'ammodernamento tecnologico e 2.362,39 milioni per la valorizzazione delle reti regionali per il rilancio del TPL e 186,70 milioni di euro per il programma di ripristino e riapertura delle linee turistiche. Per il potenziamento e sviluppo infrastrutturale delle aree metropolitane sono previsti ulteriori 1.975,88 milioni di euro.

Prosegue, inoltre, il cosiddetto "*Piano Stazioni*" con le iniziative "*Smart and easy station*" e lo sviluppo degli "*Hub intermodali*" per migliorare l'accessibilità al trasporto ferroviario in un contesto di rigenerazione urbana e dell'intero sistema di mobilità. Il programma è finalizzato allo sviluppo, alla riqualificazione, all'accessibilità e all'efficientamento energetico di stazioni e nodi ferroviari, che svolgono funzione di Hub della mobilità, e di linee metropolitane da potenziare o riqualificare.

Allo sviluppo dell'intermodalità sono destinati 869,73 milioni di euro per avviare la realizzazione dei collegamenti ferroviari con gli aeroporti di Bergamo, Brindisi, Olbia e Trapani e per l'ulteriore potenziamento dei collegamenti al porto di Taranto e ai terminali merci di Bari Lamasinata, Brindisi, Vado Ligure, Brescia e l'adeguamento degli impianti di Rosarno e San Ferdinando<sup>121</sup>.

Risorse per 17.300,27 milioni di euro sono previste per investimenti di potenziamento e sviluppo infrastrutturale direttrici volti a garantire una connettività "*a rete*" su tutte le principali direttrici interpolo lungo i corridoi «core» della rete TEN-T con l'obiettivo di aumentare il numero di capoluoghi collegati tra loro in meno di 4 ore e mezza. In particolare, a Nord si potenzieranno le tratte ferroviarie Milano-Venezia, Verona-Brennero e Liguria-Alpi, migliorando i collegamenti delle aree a nord delle Alpi con i porti di Genova e Trieste per servire i traffici oceanici; al Centro si rafforzeranno due assi Est-Ovest (Roma-Pescara e Orte-Falconara) riducendo significativamente i tempi di percorrenza e aumentando la capacità; verrà potenziata la velocizzazione della linea tirrenica e adriatica da Nord a Sud, secondo il principio "*più elettronica e meno cemento*". Si estenderà l'Alta Velocità al Sud, con il completamento della direttrice Napoli-Bari, l'avanzamento ulteriore della Palermo-Catania-Messina e i primi lotti funzionali delle direttrici Salerno-Reggio Calabria e Taranto-Potenza Battipaglia. Infine, ulteriori 2.768,90 milioni di euro sono destinati alla prosecuzione degli investimenti per lo sviluppo dei corridoi europei. In particolare, sono previsti interventi sull'Asse orizzontale AV/AC Brescia-Verona-Vicenza-Padova, il completamento del finanziamento della tratta Verona-bivio Vicenza, dell'Attraversamento di Vicenza sul Corridoio Mediterraneo e la progettazione della Vicenza-Padova.

Dal lavoro svolto si mette in evidenza, altresì, la maggiore attenzione che l'Unione Europea rivolge nei confronti della sostenibilità ambientale in materia di infrastrutture: garantire una maggiore efficienza del trasporto ferroviario equivale, infatti, a un minore utilizzo del trasporto su gomma. Quest'ultimo rappresenta, nel momento dell'elaborazione del presente articolo, una delle maggiori fonti di inquinamento al mondo.

L'Agenzia europea dell'ambiente<sup>122</sup> ha rilevato che nel settore dei trasporti le autovetture, furgoni, camion e autobus producono oltre il 70 % delle emissioni di gas a effetto serra

<sup>121</sup> <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/mims-rfi-firmato-laggiornamento-2020-2021-del-contratto-di-programma-2017-2021>.

<sup>122</sup> L'Agenzia europea dell'ambiente (AEA) è un'agenzia dell'Unione europea il cui compito è fornire informazioni indipendenti e qualificate sull'ambiente. L'Agenzia europea dell'ambiente (AEA) opera con l'obiettivo di favorire lo sviluppo sostenibile e contribuire al conseguimento di miglioramenti significativi

generate dai trasporti mentre la quota restante proviene principalmente dal trasporto marittimo e aereo<sup>123</sup>.

Da quanto suddetto si comprendono facilmente le ragioni poste alla base delle politiche europee incentrate verso un migliore sviluppo della rete ferroviaria e verso una maggiore sostenibilità e tutela ambientale.



Figura 2: I benefici degli investimenti ferroviari<sup>124</sup>

e misurabili dell'ambiente in Europa, fornendo ai responsabili delle decisioni politiche e al pubblico informazioni tempestive, mirate, pertinenti e attendibili.

<sup>123</sup> I trasporti consumano un terzo di tutta l'energia finale nell'UE. La maggior parte di questa energia proviene dal petrolio ciò significa che i trasporti sono responsabili di gran parte delle emissioni di gas a effetto serra nell'UE e contribuiscono in larga misura ai cambiamenti climatici.

<sup>124</sup> Fonte: www.mit.gov.it.

*Articoli e Saggi*

## **Il bilanciamento dell'interesse pubblico-privato nella fase della esecuzione del contratto di appalto pubblico. I rimedi praticabili nel caso dell'inadempimento reciproco \***

**Antonella Balante**

*Professore a contratto di diritto del turismo nell'Università del Molise*

---

### **Abstract**

*Public-private interest balancing in the performance of public procurement contracts. Possible remedies in case of mutual breach.*

*Public agreement is governed by a complex regulatory system which finds its sources both in public law and in civil law. The Italian legislator, under European pressure, has over time produced a series of disorganic and uneven provisions, so much so that the procurement sector has been affected by numerous laws, corrective and soft law interventions all issued in a very short period of time. Public agreement is strategic for a country's economy, therefore the rules for participation in public competitions and the execution of the contract must be clear and above all must ensure immediate remedies in the case of pathology of the negotiating report. Only by pursuing this aim will the public procurement system become a driving force for the internal economy. The balancing of the public-private interests claimed by the contractors in the light of the provisions applicable to the case is currently left to the interpreter. The contribution proposes reflections on the solutions adopted by the "living law" functional to overcome the current layered and disorganized regulatory impasse.*

*Parola chiave: appalto pubblico, inadempimento reciproco, rimedi, bilanciamento interesse pubblico-privato.*

---

**Sommario:** —1. Introduzione — 2. Il caso sottoposto al giudice — 3. Le questioni analizzate — 3.1 Le associazioni temporanee tra imprese analisi della fattispecie tra tutele processuali e sostanziali — 3.2 Gli inadempimenti reciproci disamina dei profili rimediali — 3.3 La clausola risolutiva espressa quale ipotesi di valutazione preventiva dell'importanza dell'inadempimento — 4. Conclusioni

---

\* Sottoposto a referaggio.

### **1. Introduzione**

L'azione amministrativa per il perseguimento dell'interesse pubblico individua nell'appalto pubblico un'attività "strumentale" finalizzata ad assicurare i mezzi necessari all'esercizio delle funzioni di amministrazione attiva<sup>1</sup>. Alla chiara definizione terminologica purtroppo non corrisponde una produzione normativa organica in quanto le fonti applicabili alla fattispecie sono presenti sia nel diritto pubblico che in quello civile. È noto che le due branche dell'ordinamento sono disciplinate da principi e *ratio legis* differenti, si pensi ad esempio all'interesse pubblico tutelato nel diritto pubblico e per converso all'autonomia privata criterio cardine del diritto civile e nello specifico della contrattualistica, quindi se in una visione pubblicistica la tutela dell'interesse generale deve prevalere a discapito di quello del privato, in una logica civilistica il rapporto tra i predetti interessi deve essere bilanciato e simmetrico. L'appalto pubblico nell'immaginario comune rappresenta una sintesi amministrativo-civilistica preordinata a contemperare l'interesse pubblico con l'interesse del privato, ma a causa del differente approccio sistematico dei due citati palinsesti normativi, detta sintesi nella pratica non è immediata salvo che l'interprete non proceda per fasi, analizzando così i singoli passaggi che compongono la "complessa fattispecie dell'appalto pubblico".

Adottando la citata scelta metodologica si osserva che la fase di chiara matrice amministrativa è costituita dalla scelta del contraente e dalla specifica indicazione delle modalità di formazione e di incontro della volontà delle parti, infatti il procedimento amministrativo individua precisamente i requisiti soggettivi dell'appaltatore e le modalità di esecuzione dell'opera. Questa fase è improntata al principio di trasparenza ed a quello di concorsualità tipici delle procedure di affidamento dei contratti pubblici; successivamente alla scelta del contraente il complesso procedimento degli appalti pubblici è completato con la fase della stipula del contratto e dell'esecuzione dell'impegno negoziale. Questa seconda fase è disciplinata dai principi di matrice civilistica quali il principio di buona fede e quello di equilibrio sinallagmatico delle prestazioni.

La struttura bifasica è percettibile anche nelle fonti applicabili alla fattispecie in esame. Infatti, il Codice dei contratti pubblici (D.lgs 50/2016) definisce l'appalto e regola il "sistema appalto pubblico"; il legislatore ha sostanzialmente "procedimentalizzato" il rapporto tra la stazione appaltante e l'appaltatore; quest'ultimo per partecipare ad una gara ad evidenza pubblica, spesso si associa in aggregazioni societarie economicamente tipiche, sconosciute alla rigorosa qualificazione dei tipi societari descritta dall'art. 2249 c.c. Il *nomen juris* "contratto" comunque lascia presagire che il rapporto negoziale, quindi la fase successiva alla formazione della volontà pubblica, sia fondata sul rapporto sinallagmatico prestazione – controprestazione il quale è di evidente matrice civilistica. Questa osservazione sistematica non è priva di conseguenze pratiche se si pensa che in questa seconda fase la P.A. si spoglia dei poteri autoritativi e si adegua all'equilibrio contrattuale proprio del rapporto sinallagmatico; in sostanza è in questa fase che emerge il bilanciamento tra quello che è l'interesse pubblico, portato dalla P.A. contraente, con quello che è l'interesse privato, portato dalla parte privata che deve eseguire l'opera o svolgere il servizio commissionato. L'esigenza di bilanciare gli equilibri contrattuali è

---

<sup>1</sup> A. CARULLO, voce *Appalti pubblici*, in *Enc. dir.*, Agg., V, Milano, 2001.

stata cristallizzata dal legislatore anche in altre fonti distinte dal Codice dei contratti pubblici ma comunque applicabili alla fattispecie. Si pensi all'istituto del recesso<sup>2</sup>, l'art. 21-*sexies* della legge n. 241 del 1990, statuisce espressamente che “ il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione è ammesso nei casi previsti dalla legge o dal contratto”, la fonte citata adotta il criterio della tipicità delle ipotesi di recesso analogamente alla scelta legislativa attuata nell'art. 1372 c.c. Da un'analisi comparata dell'art. 21 *sexies* della L. 241/1990 e dell'art. 1372 c.c. si ravvisa la simmetria tra citate disposizioni esse sono simili nel contenuto e nella formulazione letterale. Ed ancora l'art. 109 del Codice dei contratti pubblici riconosce che lo *jus poenitendi* può essere legittimamente esercitato anche dalla P.A. se la committenza pubblica considera l'opera o il servizio in fase di esecuzione non più rispondente all'interesse pubblico originariamente perseguito con la gara di appalto, tuttavia nella modalità di esercizio del diritto potestativo il legislatore del codice dei contratti si è ispirato al recesso disciplinato nel codice civile<sup>3</sup>. In sostanza il diritto potestativo mutua la medesima *ratio* e le medesime condizioni di quelle individuate all'art. 1373 c.c. ed all'art. 1671 c.c. anche se la parte del contratto che si avvantaggia del rimedio è la P.A.

---

<sup>2</sup> La dottrina non più recente riteneva legittimo il recesso *ad nutum* al quale gli enti pubblici potevano ricorrere per svincolarsi dal rapporto contrattuale instaurato con gli operatori privati in presenza di gravi esigenze di pubblico interesse non perseguibili in altro modo. Un autore considera il recesso come “una particolare configurazione che la potestà di revoca assume quando il potere amministrativo è stato esercitato mediante un accordo anziché in forma unilaterale”, E. BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico. Tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996, p. 187, ; in tal senso anche altra parte della dottrina che ha sostenuto che il contratto stipulato dalla P.A. è “pienamente condizionato dal provvedimento alla cui attuazione è destinato in guisa da manifestarsi quale atto accessorio strumentale o addirittura esecutivo nei confronti di quello”, U. ALLEGRETTI, *L'imparzialità amministrativa*, Padova, 1965, p. 141. Sul recesso del contratto di appalto pubblico per interesse pubblico si veda G. TAGLIANETTI, *Lo scioglimento unilaterale dei contratti di appalto e di concessione per motivi di interesse pubblico. profili sostanziali e processuali*, in *Diritto Amministrativo*, fasc. 3, 2020, p. 618.

<sup>3</sup> È stato osservato in merito che “Quando l'accordo negoziale sia concluso ed efficace, la scelta della P.A. di recedere dal contratto — pur traducendosi in un'attività parzialmente «procedimentalizzata», fisiologicamente ispirata a considerazioni riguardanti l'interesse pubblico — non rientra nel potere autenticamente pubblicistico di revoca, bensì in quello contrattuale di recesso” si veda G. TAGLIANETTI op. cit. In giurisprudenza il Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria con decisione n. 14 del 20 giugno 2014 ha chiarito che in materia la P.A. è dotata, in generale, del potere di autotutela in grado di incidere sul contratto, ma tale potere trova dei limiti dopo la stipula del contratto e l'avvio della sua esecuzione. “Infatti il recesso dal contratto, seppure riconducibile al potere di autotutela, è caratterizzato dalla regolamentazione unilaterale del rapporto che vede coinvolte posizioni di diritto soggettivo tra committente ed appaltatore ed è regolamentato dalle regole pubbliciste dei contratti pubblici e dalle norme e dai principi in materia di contratti previsti dal Codice Civile (cfr. ad es. l'art. 1671 c.c.), applicando il modello per il quale la P.A., salvo che la legge disponga diversamente, può agire secondo le norme di diritto privato. In questo caso la P.A. è legata alla legge speciale in materia di contratti pubblici che però interviene a regolare il rapporto dopo la stipula del contratto secondo il riferito modello, e cioè dall'insieme delle norme speciali, individuate dal D.lgs. n. 50/2016 e delle norme civilistiche. Le indicazioni chiare dell'Adunanza Plenaria n. 14 del 2014, in materia di lavori pubblici, ma applicabili a tutti i tipi di contratto, in ordine i rapporti di tale potere pubblicistico con l'istituto del recesso, sono stati confermati e precisati dalla recente giurisprudenza, secondo cui qualora la P.A., dopo la stipula del contratto di appalto, accerti sopravvenute ragioni di inopportunità nella prosecuzione del rapporto negoziale, non può utilizzare lo strumento pubblicistico della revoca dell'aggiudicazione, ma deve esercitare il diritto potestativo regolato dall'art. 134 del D.lgs. n. 163 del 200 (oggi art. 109 D.lgs. n. 50/2016). Per cui sarebbe illegittimo un provvedimento di revoca dell'aggiudicazione di una gara adottato le quante volte sia stato già stato stipulato il contratto di appalto, “atteso che in tal caso la revoca verrebbe adottata in assenza del suo essenziale presupposto, e cioè di un oggetto costituito da un provvedimento che continua ancora a spiegare effetti, non essendo tale l'aggiudicazione della gara in seguito alla stipulazione del contratto; in tal caso, per sciogliersi dal vincolo discendente da quest'ultimo, l'Amministrazione deve ricorrere all'istituto del recesso ai sensi dell'art. 134 del D.lgs. n. 163 del 2006” Cons. Stato, Sez. V, 22 marzo 2016 n.1174) in “I nuovi confini

Lo studio prende lo spunto da una pronuncia del Tribunale di Padova e propone una lettura della normativa pubblico-privata che regola il sistema “appalto pubblico” alla luce degli istituti civilistici, desumibili dalla contrattualistica in generale quali l'attività rimediata predisposta in caso di inadempimento reciproco (artt. 1453 e 1460 c.c.) e la risoluzione di diritto indicata nella clausola risolutiva espressa (art. 1456 c.c.).

## **2. Il caso sottoposto al giudice**

La sentenza n. 575 del 2020 emessa dal Tribunale di Padova il 20 marzo affronta una questione complessa ed offre l'occasione per proporre delle riflessioni sia processuali che sostanziali sulle attività rimediali alle quali ricorrere in caso di inadempimento del contratto di appalto pubblico. Nella decisione in commento viene dapprima disaminata e risolta la problematica afferente alla legittimazione attiva della società mandataria di un Raggruppamento temporaneo tra imprese, si chiede al giudice di decidere se la mandataria può proporre la domanda di risoluzione per inadempimento nell'ipotesi in cui l'eccezione sia sollevata solo per le tranches delle opere eseguite dalle imprese mandanti associate nell'ATI; poi viene trattato il tema relativo all'efficacia della clausola risolutiva espressa nel regolamento di un contratto di appalto pubblico, infine viene affrontata la questione del riparto dell'onere della prova tra le parti intervenute nel processo.

Nel caso di specie i Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l. costituivano un Raggruppamento Temporaneo tra Imprese con la SO.PRO. MAR Spa al fine di partecipare al bando pubblico indetto dall'ARPAV per la costruzione di un battello oceanografico; nell'associazione temporanea la società cooperativa Megaride assumeva il ruolo di mandataria capogruppo e la società SO.PRO.MAR. Spa, in qualità di società mandante, interveniva nel raggruppamento temporaneo limitando la sua prestazione all'attività di consulenza per le attrezzature tecnologiche e di laboratorio, la stessa assumeva una minima quota di partecipazione all'affare pari allo 0,01%. Le società associate partecipavano all'ATI con completa autonomia gestionale ed operativa escludendo il vincolo di solidarietà in ipotesi di inadempimento dell'opera commissionata.

Il raggruppamento temporaneo risultava aggiudicatario della procedura ad evidenza pubblica, quindi la committente ARPAV e l'A.T.I. Appaltatrice, ovvero la neo costituita Megaride-SO.PRO.MAR, stipulavano il contratto di appalto in forma scritta per la costruzione dell'imbarcazione commissionata; alla consegna del bene l'appaltatrice chiedeva all'ente appaltante il saldo della somma pattuita nel contratto, ma l'ARPAV contestava alcune caratteristiche tecniche dell'imbarcazione e rappresentava che i deficit strutturali determinavano la sostanziale inutilizzabilità del battello commissionato; quindi la committente contestava la fornitura e negava il pagamento dell'intero compenso stabilito. La Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l., in qualità di società mandataria del Raggruppamento, adiva il Tribunale di Padova competente per territorio e chiamava in giudizio l'ARPAV per chiedere ed ottenere l'adempimento degli obblighi

---

*tra recesso e revoca: commento all'art. 109 del nuovo Codice dei contratti pubblici (D. lgs. n. 50/2016)*" estratto da *"Il nuovo codice dei contratti pubblici"*, F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), in <https://www.italiappalti.it>

assunti con il contratto d'appalto pubblico (artt. 1453 e 1655 c.c.); si costituiva l'ARPAV eccependo la carenza della legittimazione attiva (artt. 75 e 100 c.p.c.) della Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l. sull'intero importo richiesto perché, secondo quanto sostenuto dalla convenuta-committente, l'attrice avrebbe avuto interesse ad agire solo *pro quota*, mentre solo la SO.PRO.MAR spa - co-associata dell'attrice nell'associazione temporanea con una partecipazione all'affare per la quota dello 0,01%- avrebbe potuto chiedere l'importo di sua spettanza per la *tranche* di lavoro eseguito, per questo motivo veniva promossa la chiamata in causa della società co-associata (art. 269 c.p.c.).

L'ARPAV chiedeva altresì al Giudice adito di accertare la risoluzione di diritto del contratto di appalto pubblico in quanto la fornitura effettuata dall'attrice -non conforme a quanto commissionato con il Capitolato tecnico parte integrante del contratto di appalto- era stata legittimamente rifiutata dall'ente committente che aveva azionato la clausola risolutiva espressa ex art. 1456 c.c. prevista nel regolamento negoziale dell'appalto.

Accertata la risoluzione di diritto del contratto di appalto pubblico, l'ente convenuto chiedeva altresì al Giudice adito di disporre la restituzione delle somme già versate al raggruppamento temporaneo nelle more dell'esecuzione a fronte degli stati di avanzamento dei lavori ammontanti ad € 1.076.400,00; l'ARPAV, in qualità di ente committente, chiedeva infine la liquidazione del maggior danno ammontante ad € 632.349,09 oltre agli interessi moratori o in subordine oltre agli interessi legali maturati dal momento del versamento fino al saldo, o per la diversa misura, maggiore o minore, risultante all'esito della causa o ritenuta di giustizia, in via riconvenzionale veniva promossa anche l'azione restitutoria.

Il Tribunale di Padova autorizzava l'integrazione del contraddittorio con la chiamata in causa del terzo (art. 269 c.p.c.) della SO.PRO.MAR spa, società mandataria del raggruppamento temporaneo tra imprese del quale la Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l. era mandante. L'ARPAV *medio tempore* promuoveva un sequestro conservativo in corso di causa (artt. 669 bis ed art. 671 c.p.c.) in virtù del quale veniva sottoposta a sequestro l'imbarcazione contesa tra le parti; la vicenda processuale si complicava con l'intervento volontario (art. 105 c.p.c.) del Ministero delle Infrastrutture che, dichiaratosi proprietario del bene contestava la misura cautelare adottata dal Tribunale di Padova.

Il sub-procedimento cautelare veniva comunque risolto in corso di causa in quanto l'ARPAV, ente sequestrante, rinunciava al sequestro sull'imbarcazione e contestualmente, per garantirsi l'effettiva realizzazione degli importi richiesti con l'azione restitutoria introdotta in via riconvenzionale (art. 36 c.p.c.), domandava ed otteneva un decreto di sequestro sui crediti vantati dal raggruppamento temporaneo nei confronti di debitori estranei alla vicenda processuale principale ma comunque obbligati nei confronti della Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l.

La SO.PRO.MAR spa, terza chiamata in causa, si costituiva in giudizio chiedendo al Tribunale di Padova di disattendere le domande formulate dall'ente convenuto e, in caso di accoglimento anche parziale della domanda riconvenzionale, la società chiamata in causa domandava di contenere l'eventuale condanna entro i limiti del suo effettivo apporto nel raggruppamento tra imprese pari allo 0,01% della somma oggetto del contratto di appalto, senza vincolo di solidarietà. La stessa società comunque dispiegava a sua volta una domanda riconvenzionale (art. 36 c.p.c.) avverso la società attrice,

ovvero la Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l., chiedendo di essere manlevata da eventuali condanne anche pro quota.

Radicalmente il contraddittorio veniva svolta l'attività istruttoria ritualmente ammessa dal giudice adito, quindi la causa veniva decisa con la pronuncia in commento in forza della quale veniva rigettata la domanda della società attrice, con accoglimento parziale dell'azione riconvenzionale spiegata dall'ARPAV, ente committente convenuto, e veniva dichiarato risolto il contratto di appalto ex art. 1456 c.c., con condanna della Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. a r.l., società mandataria dell'A.T.I. e parte attrice nel giudizio civile promosso contro l'ARPAV, al pagamento di una somma minore di quella originariamente richiesta ma risultante dalle prove acquisite in corso di causa a titolo di indennizzo, infine il decisum accoglieva anche la domanda riconvenzionale proposta dalla terza chiamata in causa, ovvero la società SO.PRO.MAR spa co-associata della società attrice, quindi quest'ultima veniva manlevata da ogni onere in favore dell'ente committente salvo che per la condanna alle spese di giudizio.

### **3. Le questioni analizzate**

Il Tribunale di Padova per dirimere la controversia ha affrontato delle questioni plurime. Dapprima è stata qualificata giuridicamente la “compagine societaria” che ha promosso l'azione giudiziaria - ciò al fine di individuare se la legittimazione ad agire dei Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l., società mandataria, poteva essere estesa anche per la parte eccedente la misura di partecipazione all'A.T.I. - successivamente sono state affrontate le questioni di diritto sostanziale afferenti all'inadempimento del contratto di appalto pubblico, quindi è stato esaminato e risolto il problema relativo al riparto dell'onere probatorio tra le parti del giudizio, da ultimo è stata definita la tematica relativa alla possibilità per il committente di azionare la clausola risolutiva espressa per risolvere di diritto il contratto di appalto pubblico con liquidazione di un indennizzo.

#### **3.1 Le associazioni temporanee tra imprese analisi della fattispecie tra tutele processuali e sostanziali**

La società attrice è la mandataria di un raggruppamento temporaneo tra imprese ovvero di una “compagine associativa complessa”, costituita mediante un accordo stipulato tra due o più imprese che si associano solo per il tempo necessario alla realizzazione di grandi opere. Il raggruppamento permette di ridurre i costi di realizzazione del bene e di ripartire i rischi di costruzione tra le singole imprese associate che intervengono nell'affare, condividendo le rispettive capacità organizzative e professionali, al fine di ottenere un risultato comune; la peculiarità di questa compagine si ravvisa nella sostanziale autonomia soggettiva delle co-associate le quali non si fondono in un unico

---

Autorevole dottrina ha sostenuto che “*se le imprese partecipano ad una gara di appalto attraverso una società o un consorzio, saranno tali organismi a risultare, giuridicamente, aggiudicatari dell'appalto e non le singole imprese che intendono cooperare nell'esecuzione dell'opera (...) ma molto spesso sono proprio queste conseguenze che le imprese interessate vogliono evitare in quanto eccedenti allo scopo perseguito*” quindi prosegue l'autore dette imprese per partecipare alla gara di appalto possono costituire un'associazione temporanea tra imprese ciò al fine di mantenere una propria soggettività. G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, Torino, 2011, p. 272. In tempi non molto recenti il fenomeno associazionistico del raggruppamento temporaneo era stato osservato e definito, infatti la dottrina dell'epoca aveva rilevato la limitazione presente nel nostro ordinamento, in quanto il codice civile dell'epoca era carente del “*concetto di una pluralità costituita di elementi collegati, i quali, mentre conservano la propria indipendenza formale e non assurgono a una nuova unità, agiscono tuttavia in*”

ente ma restano singole imprese partecipanti al raggruppamento. Le associazioni temporanee di imprese sono una versione domestica degli accordi di *contractual joint ventures*<sup>5</sup> tipici nell'esperienza anglosassone ed internazionale<sup>6</sup>. Il legislatore interno, spinto dai vari approdi giurisprudenziali che affrontavano in maniera disomogenea il fenomeno economicamente tipico delle associazioni temporanee tra imprese, è intervenuto disciplinando il raggruppamento temporaneo anche con sub-regolamenti di

---

funzione del gruppo cui appartengono” V. SALADRA, *Il diritto delle unioni di imprese (consorzi e gruppi)*, Padova, 1934, p. 61. Tuttavia, questa intuizione pre-codicistica non ha trovato una degna menzione nel codice civile attualmente vigente.

<sup>5</sup> La dottrina definendo la figura di cooperazione anglosassone ha sostenuto “*La joint venture è quindi uno strumento contrattuale che consente a più imprese di cooperare alla realizzazione di un affare comune, ma al tempo stesso di limitare i singoli apporti, le responsabilità, i rischi e di mantenere la propria autonomia giuridica ed economica*”, D. CORAPI, *Gli attori privati del commercio internazionale*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, fasc. 2, 2017, p. 271 ss. Recentemente la figura in parola è stata analizzata anche con esplicito riferimento alla destinazione patrimoniale ed alla disciplina del marchio che identifica un gruppo societario o associativo si veda D. SCARPA, *Marchio e destinazione patrimoniale: una riflessione di sistema*, in *Rivista di Diritto Industriale*, fasc. 1, 2020, p. 116. D. CATERINO, *La Joint Venture*, in *Manuale di diritto commerciale internazionale*, U. PATRONI GRIFFI (a cura di), Milano, 2012, p. 465 ss., A. Fedi, *Il contratto di joint venture*, in *Economia e diritto del terziario*, fasc. 3, 2012, p. 403 ss., D. BONVICINI, *Le joint ventures. Tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, 1977, p. 6 ss.

<sup>6</sup> La cooperazione tra imprese è un fenomeno tipico nel sistema economico internazionale, già nel lontano 1963 è possibile individuare dei riferimenti normativi e dei tentativi di tipizzazione normativa in molti Stati unionali. La prima significativa esperienza in tal senso si rileva in Spagna, con la *Ley sobre asociaciones y uniones de empresas* del 28 dicembre 1963, che istituì la figura dell'A.T.E. (*agrupacion temporal de empresas*). Il Portogallo ha seguito questo filone introducendo nel proprio sistema ordinamentale la figura dell'*agrupamento complementar de empresas*, che divergeva in aspetti poco significativi dal modello spagnolo. Il medesimo interesse disciplinare si riscontra in Belgio che nello stesso periodo emana la disciplina della *association momentanée*, istituto di cooperazione tra imprese non dotata di personalità giuridica e regolamentato nel codice di commercio. In Francia, l'acceso dibattito giurisprudenziale sollevatosi sulla questione cooperazionistica, ha indotto il legislatore ad intervenire con l'*ordonnance 67-821* del 23 settembre 1967, in virtù della quale è stata istituita la figura del G.I.E. (*Groupement d'intérêt économique*). Il G.I.E. è stato qualificato come un mandato collettivo conferito da varie imprese ad una entreprise pilote, alla quale venivano attribuite funzioni di coordinamento e di rappresentanza. Le mutevoli esigenze economiche comunque hanno portato il legislatore francese ad apportare dei correttivi nella disciplina di settore, attualmente il sistema ordinamentale transfrontaliero ha positivizzato figura del *Groupement momentané d'entreprises*. In Germania il legislatore ha definito la figura dell'*Arbeitsgemeinschaft*, caratterizzandone i requisiti sostanziali per la costituzione. A. DE MARTINI, *Associazioni temporanee di imprese per l'esecuzione di opere pubbliche*, in *Riv. Dir. Comm.*, 1971, I, p. 1 ss. G. CAPO, *In tema di qualificazione del modello «legale» dell'associazione temporanea di imprese*, in *Giur. Comm.*, 2003, II, p. 142

<sup>7</sup> Per un'analisi delle pronunce risalenti agli anni Trenta si veda F. L. VERCELLINO *Associazione temporanea d'impresa*, in *Digesto comm., Aggiornamento*, 2003, p. 59. Per un approccio nomofilattico di ampio respiro si veda Corte di Cassazione, 16 febbraio 1963 n. 342, in *Foro It.*, 1963, 1990 ed in *Foro It.*, 1964, 369, e Corte di Cassazione, 24 febbraio 1975 n. 681, in *Giur. Comm.*, 1976, II, 780. La Corte Suprema con una visione estremamente moderna del fenomeno economico ha affrontato il tema dell'atipicità negoziale, segnalando la difformità “morfologica” dell'associazione temporanea rispetto agli schemi organizzativi societari tipici, tuttavia ha collocato la fattispecie tra gli accordi comunque meritevoli di tutela ai sensi ed agli effetti dell'art. 1322 c.c. Questa intuizione ha legittimato i successivi interventi eteronomi per i quali bisogna attendere il 1977 e precisamente la Legge 8 agosto 1977 n. 584, rubricata “*Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici alle direttive della Comunità economica europea*” nella quale agli artt. da 20 a 23 sono solo menzionate le associazioni temporanee.

<sup>8</sup> Il legislatore interno sin dal 1977- vedasi nota 5- ha disciplinato la partecipazione delle associazioni temporanee nelle gare ad evidenza pubblica. La dottrina ha più volte contestato l'atteggiamento schizofrenico del legislatore in materia di appalti pubblici, senza alcuna pretesa di esaustività si elencano i

seguenti interventi che trasversalmente interessano anche le associazioni temporanee: successivamente al 1977 si rammenta la Legge 3 gennaio 1978 n. 1, recante “*Accelerazione delle procedure per la esecuzione di opere pubbliche e di impianti e costruzioni industriali*”, la Legge 10 dicembre 1981 n. 741, recante “*Ulteriori norme per l’accelerazione delle procedure per l’esecuzione di opere pubbliche*”, la Legge 17 febbraio 1987, rubricata “*Norme straordinarie per l’accelerazione dell’esecuzione di opere pubbliche*”, che nello specifico ha ammesso l’affidamento in concessione alle associazioni temporanee di imprese anche della progettazione e dell’esecuzione di opere di importo superiore ai venti miliardi di Lire, la Legge 8 ottobre 1984 n. 687 che novellando la Legge 8 agosto 1977 n. 584, ha vi introdotto l’art. 23-bis, ove si Legge espressamente “*le imprese riunite possono costituire tra loro una società, anche consortile ... per la esecuzione unitaria, totale o parziale, dei lavori*”, la Legge 30 marzo 1981 n. 113, art. 9 recante “*Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione delle pubbliche forniture alla direttiva della Comunità economica europea n. 62/77 del 21 dicembre 1976*” che garantiva l’estensione della partecipazione della associazioni temporanee anche alle gare d’appalto per l’affidamento di forniture, il successivo D.lgs 17 marzo 1995 n. 157, recante “*Attuazione della direttiva n. 50/92 CEE in materia di appalti pubblici di servizi*” che ha legittimato la partecipazione delle associazioni temporanee anche per gli appalti pubblici di servizi, il D.lgs 19 dicembre 1991 n. 406 recante “*Attuazione della direttiva n. 440/89/CEE, in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici*” che su impulso del legislatore comunitario ha timidamente avvicinato la soggettività delle A.T.I. allo schema del contratto di mandato conferito alla capogruppo (vedasi artt. 22, 23 e 25 D.lgs 406/91) anche se viene esplicitamente disposto che il mandato conferito dalle imprese riunite mandanti alla capogruppo “*non determina di per sé organizzazione o associazione fra le imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione e degli adempimenti fiscali e degli oneri fiscali*” (art. 23, comma 10, del D.LGS n. 406/ 1991), la Legge 11 febbraio 1994 n. 109 recante “*Legge quadro in materia di lavori pubblici*”, modificata dal D.L. 3 aprile 1995, n. 101, convertito nella Legge 2 giugno 1995 n. 216, il D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, il D.lgs 17 marzo 1995 n. 158, recante “*Attuazione delle direttive n. 351/90/CEE e nn. 38/93/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi*”, che ha esteso l’ambito di applicazione della normativa sulle A.T.I. anche a settori di lavori pubblici precedentemente esclusi. Le associazioni temporanee di imprese sono state poi disciplinate dal D.lgs 12 aprile 2006 n. 163, recante il “*Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*”, ove all’art. 34, lett. d) le A.T.I. sono annoverate tra i “*soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici*”, dal successivo D.L. 24 gennaio 2012 n. 1 (cosiddetto «Decreto Crescitalia»). La normativa di dettaglio era costituita dagli artt. 50, 72, 92, 93, 108, 275 e 276 del regolamento attuativo del D.lgs 12 aprile 2006 n. 163, emanato con D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207. Con la Legge 28 gennaio 2016 n. 11, infine, sono state conferite “*Deleghe al Governo per l’attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/ UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”. Con la suddetta legge di delega il Governo, in occasione dell’emanazione del decreto legislativo di recepimento delle suddette direttive, avrebbe dovuto operare altresì “*il riordino complessivo della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*” a fini meramente ricognitivi è stata prevista la “*compilazione di un unico testo normativo con contenuti di disciplina adeguata anche per gli appalti di servizi e forniture denominato «codice degli appalti pubblici e dei contratti di concessione»*». La disciplina delle A.T.I. negli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture si “*arricchisce*” anche del D.lgs 18 aprile 2016 n. 50, recante “*Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*”, emanato in attuazione della Legge 28 gennaio 2016 n. 11. D.lgs 18 aprile 2016 n. 50 che è stato poi rubricato, dall’art. 1 del D.lgs 19 aprile 2017, n. 56, “*Codice dei Contratti pubblici*” e che regola, oltre ai contratti pubblici di concessione e ai concorsi pubblici di progettazione, i contratti pubblici di appalto aventi ad oggetto l’acquisizione “*di servizi, forniture, lavori e opere*”. L’eccessiva produzione normativa è stata estesa anche al successivo D.lgs 19 aprile 2017 n. 56 (D.Lgs Correttivo del 2017), che ha modificato il testo originario del Codice dei contratti pubblici del 2016, emanato al fine di garantire una maggiore sistematicità all’impianto codicistico. Infine, si rammenta il D.L.14 dicembre 2018 n. 135, cd. Decreto semplificazione che ha a sua volta inciso sul Codice dei contratti pubblici e precisamente innalzando – seppure in via temporanea sino al 31 luglio 2021 e, dunque, senza un intervento strutturale

*soft law*<sup>9</sup>. Il vigente palinsesto normativo è teleologicamente orientato a garantire il corretto svolgimento degli appalti pubblici, ecco perché in assenza di una chiara definizione di diritto positivo la soggettività di queste “strutture organizzate economiche temporanee” si può desumere solo dall'interpretazione giurisprudenziale del contratto costitutivo stipulato tra le singole imprese aderenti alla compagine.

La causa di questo negozio plurilaterale si sostanzia nella “procedimentalizzazione” della cooperazione delle aziende partecipanti all'appalto; alle singole imprese generalmente viene assegnata una fase di realizzazione dell'opera in base alle effettive competenze professionali dichiarate per accedere alla gara ad evidenza pubblica indetta dalla stazione appaltante. Ai sensi dell'art. 48 del Codice dei contratti pubblici la suddivisione dei compiti e delle fasi esecutive del bene tra le partecipanti è legittima, a patto che le singole imprese dichiarino sin dal momento della stipula del contratto di appalto pubblico la prestazione di loro competenza.

Il legislatore, in questo modo, ha inteso ottenere una chiara manifestazione dell'organizzazione interna costituita tra le imprese co-associate, ciò al fine di tutelare l'ente appaltante in caso di inadempimento dell'appaltatore. L'inesatta esecuzione della prestazione pro quota può pregiudicare la realizzazione dell'intera opera appaltata, ecco perché la responsabilità contrattuale derivante dall'inadempimento sarà imputata alla singola impresa, resasi effettivamente inadempiente dell'obbligazione, oltre che alla mandataria capogruppo. In sintesi, la stazione appaltante è garantita dall'estensione della platea dei soggetti responsabili in caso di inesatta esecuzione della prestazione in quanto

---

di modifica dell'art. 36 del Codice dei Contratti pubblici – la soglia dell'affidamento diretto di lavori, servizi e forniture sino a concorrenza di 150 mila euro e comunque entro la soglia di rilevanza europea. Da ultimo si segnala il D.L. 76/2020, che la Camera dei Deputati ha approvato come testo definitivo così come licenziato dal Senato dopo l'apposizione della fiducia, attualmente convertito con modificazioni dalla L. 11 settembre 2020 n. 120 (in S.O. n. 33, relativo alla G.U. 14/09/2020 n. 228). Nonostante la convulsa produzione normativa la disciplina afferente alle associazioni temporanee nei contratti pubblici non diverge sostanzialmente dall'impianto codicistico del D.lgs 163/2006 (Codice degli appalti). Dei minimi apporti normativi innovativi della disciplina delle associazioni temporanee si possono individuare nell'art. 48 commi 17 e 18, così come modificato dal D.L. 76/2020 che disciplinano espressamente i casi di sostituzione soggettiva nell'A.T.I. per le imprese sottoposte a procedure concorsuali o di liquidazione, e nell'art. 48 comma 19 che limita il recesso di un'impresa dall'A.T.I. solo per quelle società che non siano necessarie per l'esatta esecuzione dell'appalto. Il D.lgs correttivo del 2017, ha altresì chiarito che, sussistendone i presupposti, il recesso di un'impresa è consentito anche qualora il raggruppamento si riduca ad un unico soggetto. Il legislatore ha ipotizzato questa evenienza sia in caso di fallimento delle società partecipanti al raggruppamento che nel caso di perdita in corso di esecuzione, da parte di un operatore, dei requisiti soggettivi, la cui iniziale assenza costituirebbe motivo di esclusione.

<sup>9</sup> Nel Codice dei contratti pubblici del 2016 il legislatore ha rinviato l'attuazione di alcune disposizioni di principio contenute nel *corpus* normativo ad una serie di atti di regolamentazione sub-primaria considerati più agili e flessibili e sicuramente di immediata produzione ed emanazione, riconoscendo a detti atti di *soft law* l'efficacia normativa sub-regolamentare. Tra di essi si annoverano le diverse tipologie di linee guida di carattere generale. Ad esempio, quelle (di cui all'art. 83, comma 2, del Cod. Contr. Pubb. del 2016), che saranno proposte dall'A.N.A.C. e approvate dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, previo parere delle commissioni parlamentari, relative al sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo superiore a centocinquantomila euro: linee guida la cui bozza di consultazione è stata sottoposta dall'A.N.A.C. agli *stakeholder* nell'aprile 2017. Il Codice dei contratti pubblici del 2016 prevede anche altre tipologie di linee guida emanate direttamente dall'A.N.A.C., non sempre caratterizzate da efficacia vincolante. Le Associazioni Temporanee di Imprese, frattanto, hanno trovato parziale riconoscimento eteronomo anche in un settore diverso da quello degli appalti pubblici. L'art 88 del regolamento UE del Consiglio. 1605/2002 del 25 giugno 2002 (GU L248/1), infatti, stabilisce che il partenariato nel settore delle sovvenzioni può avvenire “*attraverso un'Associazione Temporanea di Imprese o un'Associazione Temporanea di Scopo*”, modellate sull'archetipo già disegnato nella materia degli appalti pubblici.

il risarcimento del danno patito dall'ente pubblico committente è imputato solidalmente all'impresa inadempiente ed alla società mandataria dell'A.T.I.

Il legislatore del 2016 ha effettuato uno sforzo normativo menzionando le A.T.I., ma come osservato in precedenza il Codice dei contratti pubblici trova la sua ratio legis nella tutela delle stazioni appaltanti pubbliche. Pertanto, i riferimenti legislativi afferenti all'organizzazione interna dei raggruppamenti temporanei non sono preordinati a definire ontologicamente il soggetto giuridico "A.T.I." ma sono solo ed esclusivamente finalizzati a regolamentare i rapporti con l'appaltante pubblico, ciò al chiaro fine di ridurre al massimo i rischi di inadempimento e di vincolare solidalmente tutte le imprese partecipanti all'affare. L'art. 48 del D.lgs 2016/206 riconosce che le imprese cooperanti non confluiscono in un soggetto unico; esse possono organizzare con la massima autonomia il lavoro o la parte dell'opera loro assegnata ma per partecipare all'associazione devono conferire un mandato con rappresentanza alla capogruppo, la quale è l'unico soggetto che può interloquire con la stazione appaltante. La composizione di questi interessi disomogenei si traduce nella prassi con la stipula di due contratti ovvero il contratto di appalto pubblico, preordinato a regolamentare i rapporti tra l'associazione e l'ente committente, che vincola la stazione appaltante e l'A.T.I. per il tramite della mandataria capogruppo, ed il contratto interno, che vincola solo le imprese partecipanti all'affare, non è opponibile all'ente ed è preordinato a disciplinare i rapporti tra le imprese partecipanti all'associazione. Questo secondo accordo negoziale eventualmente può prevedere delle clausole divergenti da quelle richieste nel contratto principale per partecipare alla gara ad evidenza pubblica, questa circostanza non inficia la validità della clausola. Ad avviso della dottrina il contratto principale, ovvero il contratto di appalto pubblico, ed il contratto interno di costituzione del raggruppamento temporaneo sono connessi quindi in questa complessa operazione economica si ravvisa una ipotesi di collegamento negoziale<sup>10</sup>. L'istituto è stato definito anche dalla giurisprudenza del Supremo Collegio il cui consolidato orientamento qualifica il collegamento negoziale come un "meccanismo" preordinato a perseguire un risultato economico unitario e complesso mediante la stipula di una pluralità di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma<sup>11</sup>.

Nel caso di specie nel contratto interno era previsto che la SO.PRO.MAR spa, impresa associata per lo 0,01% del valore dell'opera, in caso di inadempimento sarebbe stata manlevata dagli obblighi risarcitori dall'impresa capogruppo. Ciò ha determinato sicuramente in primis la condanna di tutte le imprese associate per l'inadempimento del contratto di appalto così come accertato in giudizio, in ossequio a quanto disposto dall'art. 48 Codice dei contratti pubblici, ma in secundis il giudice adito ha accolto la domanda riconvenzionale di manleva dispiegata dalla SO.PRO.MAR spa nei confronti

---

<sup>10</sup> Si veda in tal senso F. DURANTE, *Associazione temporanea di imprese e negozi collegati nel Codice dei Contratti Pubblici*, Torino, 2017, p. 285 ss.

<sup>11</sup> Il Supremo Collegio nella motivazione della sentenza n. 7255 del 2013 ha sostenuto che "il collegamento contrattuale non dà luogo ad un autonomo e nuovo contratto, ma è un meccanismo attraverso il quale le parti perseguono un risultato economico unitario e complesso, attraverso una pluralità coordinata di contratti, i quali conservano una loro causa autonoma, anche se ciascuno è finalizzato ad un unico regolamento dei reciproci interessi. Pertanto, in caso di collegamento funzionale tra più contratti, gli stessi restano conseguentemente soggetti alla disciplina propria del rispettivo schema negoziale, mentre la loro interdipendenza produce una regolamentazione unitaria delle vicende relative alla permanenza del vincolo contrattuale, per cui essi "simul stabunt, simul cadent" Corte di Cassazione, sentenza 22 marzo 2013 n. 7255 in *Dejure*.

dell'impresa capogruppo mandataria dell'A.T.I. ovvero i Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. A r.l. La soluzione adottata dal Tribunale di Padova avvalora senz'altro quanto sin qui osservato, ovvero il vincolo interno alle imprese associate comunque non può essere opposto alla stazione appaltante perché il contratto interno è valido ed efficace solo tra i soggetti associatisi in A.T.I.

La peculiare soggettività della compagine associativa determina comunque delle incertezze sia processuali che sostanziali. Infatti, nel caso di specie l'A.T.I. era costituita da due società che si erano obbligate a svolgere delle obbligazioni diverse e coordinate, addirittura la SO.PRO.MAR.spa, essendosi obbligata nel contratto interno ad eseguire una mera attività di consulenza in favore della mandataria capogruppo, aveva limitato il valore del suo apporto professionale per la realizzazione dell'intera opera liquidandolo in un valore pari allo 0,01% del prezzo dell'imbarcazione commissionata. Il riparto delle prestazioni assunte dalle singole associate, pur non essendo opponibile alla stazione appaltante per quanto osservato in precedenza, ha indotto comunque l'ARPAV a sollevare il difetto di legittimazione attiva della Cantieri Navali Megaride Soc. Coop. a r.l.

Infatti, la domanda giudiziale dispiegata dalla capogruppo mandataria era preordinata ad ottenere la condanna per inadempimento della stazione appaltante senza effettuare alcuna distinzione tra le obbligazioni assunte dalla capogruppo e quelle imputabili alla mera associata. Da un punto di vista meramente processuale questa eccezione, così come si legge nel *decisum* in commento, è stata associata dalla parte in giudizio al difetto di legittimazione attiva, detto istituto comunque deve differenziarsi dal principio della titolarità del diritto restitutorio azionato<sup>12</sup>. Tanto è che la premessa di diritto espressa nella motivazione in parola ha riconosciuto e chiarito questo aspetto.

Il giudice adito, aderendo ad un orientamento giurisprudenziale consolidato del Supremo Collegio, ha definito la questione sostenendo che la mandataria capogruppo è

---

<sup>12</sup> La questione della legittimazione attiva e della possibile convergenza con la titolarità del diritto azionato è stata affrontata per molto tempo con pronunce ondivaghe della Corte di Legittimità, tanto che nel 2016 il Supremo Collegio è intervenuto con una sentenza resa a Sezioni Unite ove è stato disposto che “*la legittimazione ad agire attiene al diritto di azione, che spetta a chiunque faccia valere in giudizio un diritto assumendo di esserne il titolare. La sua carenza può essere eccepita in ogni stato e grado del giudizio e può essere rilevata d'ufficio dal giudice; cosa diversa dalla titolarità del diritto ad agire è la titolarità della posizione soggettiva vantata in giudizio che attiene al merito della causa; la titolarità della posizione soggettiva è un elemento costitutivo del diritto fatto valere con la domanda, che l'attore ha l'onere di allegare e di provare; può essere provata in positivo dall'attore, ma può dirsi provata anche in forza del comportamento processuale del convenuto, qualora quest'ultimo riconosca espressamente detta titolarità oppure svolga difese che siano incompatibili con la negazione della titolarità; la difesa con la quale il convenuto si limiti a dedurre, ed eventualmente argomentare (senza contrapporre e chiedere di provare fatti impeditivi, estintivi o modificativi), che l'attore non è titolare del diritto azionato, è una mera difesa. Non è un'eccezione, con la quale si contrappone un fatto impeditivo, estintivo o modificativo, né quindi un'eccezione in senso stretto, a pena di decadenza, solo in sede di costituzione in giudizio e non rilevabile d'ufficio. essa, pertanto, può essere proposta in ogni fase del giudizio (in cassazione solo nei limiti del giudizio di legittimità e sempre che non si sia formato il giudicato). A sua volta il giudice può rilevare dagli atti la carenza di titolarità del diritto anche d'ufficio; la contumacia del convenuto non vale a rendere non contestati i fatti allegati dall'altra parte, né altera la ripartizione degli oneri probatori e non vale in particolare ad escludere che l'attore debba fornire la prova di tutti i fatti costitutivi del diritto dedotto in giudizio. Però il convenuto, costituendosi tardivamente accetta il giudizio nello stato in cui si trova, con le preclusioni maturate. Gli sarà preclusa la possibilità di basare la negazione della titolarità del diritto sull'allegazione e prova di fatti impeditivi, modificativi o estintivi non rilevabili dagli atti.*” Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 16 febbraio 2016, n. 2951, in *Dejure*.

solidalmente responsabile con le imprese associate pertanto ne acquisisce la rappresentanza processuale esclusiva anche nei confronti della stazione appaltante<sup>13</sup>.

In sintesi, nel caso *de quo* è stata riconosciuta alla capogruppo mandataria la legittimazione ad agire in giudizio per chiedere ed ottenere nei confronti dell'ente committente il saldo dell'intera somma pattuita, senza alcuna distinzione in ordine alle singole prestazioni assunte dalle imprese associate con il contratto di costituzione del raggruppamento temporaneo, ovvero con il contratto interno.

### **3.2. Gli inadempimenti reciproci disamina dei profili rimediali**

Il Tribunale di Padova, nel dirimere la controversia in via sostanziale, ha evidenziato che l'azione di inadempimento proposta dall'attrice era stata contrastata dalla stazione appaltante convenuta con l'eccezione di inadempimento ex art. 1460 c.c. L'ARPAV nello specifico aveva anche provato a mezzo CTU i limiti funzionali che avevano determinato l'inutilizzabilità dell'imbarcazione. Il contestato deficit funzionale era stato sollevato dall'ente committente già in fase di collaudo.

La vicenda definita con la sentenza in commento ed in particolare le eccezioni di inadempimento sollevate da entrambe le parti in causa offrono lo spunto per proporre delle brevi osservazioni sulla fattispecie dell'inadempimento reciproco.

L'appalto si annovera tra i “contratti di durata”, in questa tipologia di contratti la durata è riferita al rapporto negoziale e non alla formazione dell'atto negoziale<sup>14</sup>, ulteriore caratteristica del tipo negoziale in commento è che l'esatta esecuzione della prestazione finale dipende dalla esecuzione di prestazioni intermedie funzionalmente collegate le une alle altre. Quindi la durata del rapporto negoziale e la pluralità degli atti esecutivi preordinati a conseguire il risultato finale moltiplicano le occasioni di gravi alterazioni reciproche del sinallagma, a titolo meramente esemplificativo si pensi al caso, verificatosi nella sentenza analizzata, in cui l'inesatta esecuzione di un atto intermedio, ovvero il carente allestimento tecnologico dell'imbarcazione commissionata, rende impossibile la realizzazione del risultato finale, infatti il bene era inutilizzabile. Questa circostanza incide negativamente sull'interesse vantato dal contraente fedele, il quale comunque è vincolato al contratto quindi egli è tenuto ad adempiere alle sue obbligazioni derivanti dal regolamento negoziale ancora valido ed efficace.

---

<sup>13</sup> Il Supremo Collegio ha sostenuto che “Al mandatario di un'associazione temporanea d'impresa è riconosciuta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti del soggetto appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo dei lavori, fino all'estinzione di ogni rapporto sicché l'appaltante può agire in giudizio anche nei confronti della sola mandataria in proprio, stante il vincolo di responsabilità solidale che sorge con l'offerta delle imprese riunite in associazione.” Corte di Cassazione, ordinanza 16 maggio 2018 n.11949, in *www.dejure.it*. Relativamente al riparto di quote la Corte Suprema ha altresì sostenuto “ L'impresa mandataria di una associazione temporanea di impresa, pur essendo l'unica interlocutrice della amministrazione appaltante in rappresentanza delle imprese associate, è legittimata ad agire anche in proprio per la tutela delle ragioni di credito relative alla quota dei lavori da essa eseguiti, non avendo la questione della determinazione della quota spettante alla mandataria nulla a che vedere con la questione della legittimazione ad agire, che costituisce una condizione della azione, laddove la determinazione di tale quota implica un mero accertamento di fatto che va compiuto dai giudici di merito e - come tale - non è preclusivo, sul piano del diritto della sussistenza della legittimazione della mandataria ad agire in proprio in giudizio.” Corte di Cassazione, sentenza 2 novembre 2017 n.26072 in *Dejure*.

<sup>14</sup> G. OPPO, *I contratti di durata*, in *Riv. dir. comm.*, 1943, I, p. 143 ss., 227 ss., e 1944, I, p. 17 ss.

Il legislatore del 1942<sup>15</sup> non ha previsto delle specifiche attività rimediali<sup>16</sup> applicabili esclusivamente ai rapporti di durata, tanto è vero che si deve ricorrere ad una lettura sistematica delle disposizioni del codice civile per ottenere una effettiva tutela degli interessi vantati dalle parti e per liberarle da un vincolo negoziale non più attuabile. È compito dell'interprete risolvere la questione proposta attuando la disciplina della contrattualistica generale per quanto compatibile.

Le fonti di riferimento applicabili alla fattispecie in esame sono contenute negli artt. 1453 c.c. e 1460 c.c., in particolare il primo articolo è preordinato a salvaguardare l'interesse della parte che fedelmente ha già adempiuto alla propria prestazione e si trova a dover scegliere tra l'adempimento altrui o la risoluzione del vincolo con ristoro del danno subito; il secondo articolo invece legittima il contraente, che non necessariamente ha già iniziato ad eseguire la propria prestazione, a sospendere volontariamente l'esecuzione degli obblighi negoziali assunti con la stipula del contratto in risposta ad una inesatta esecuzione imputabile alla parte infedele.

Dall'analisi comparata dei rimedi proposti negli artt. 1453 e 1460 c.c., si evidenzia che nell'ipotesi di inottemperanza incrociata chi propone l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) si rende comunque disponibile all'esecuzione delle prestazioni dedotte in contratto, in sostanza manifesta a priori il suo interesse a mantenere inalterato il rapporto sinallagmatico, mentre chi agisce per chiedere ed ottenere la pronuncia costitutiva di inadempimento (art. 1453 c.c.), può scegliere anche successivamente all'introduzione dell'azione di variare la domanda se il suo interesse prioritario muta con il trascorre del tempo<sup>17</sup>. In sintesi, l'opzione privilegiata dal convenuto che propone una domanda riconvenzionale in attuazione del principio *inadimplenti non est adimplendum* è quella di ottenere l'esecuzione del contratto, da ciò si deduce che l'interesse alla prestazione è durevole ed immutato. Ma quale rimedio sarebbe praticabile se il contraente infedele rimanesse inadempiente? L'azione proposta sarebbe inevitabilmente orientata ad una risoluzione del vincolo negoziale anche se una siffatta conclusione della vicenda non è positivamente prevista nell'art. 1460 c.c.

Al fine di garantire una effettiva tutela degli interessi vantati dalle parti nel caso di domande di risoluzione incrociate, l'eccezione di inadempimento non preclude lo scioglimento del rapporto ma solo il risarcimento del danno.

Se nel corso del giudizio viene accertata la reciproca infedeltà agli obblighi assunti con la stipula contrattuale il giudice adito deve comunque disaminare le rispettive gravità

---

15 La dottrina parla di legislatore ottimista, M. DELLACASA, *Quando l'inadempimento è reciproco: il piano dei rimedi e la proiezione dell'interesse positivo*, in *Europa e Diritto Privato*, 2020, II, p. 333 ss. Parte della dottrina nello specifico ha osservato "il codice non fu tanto pessimista da prevedere e regolare l'inadempienza reciproca" R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV, Torino, 2016, p. 1614.

16 Con riferimento alla dottrina si veda R. SACCO, G. DE NOVA, *Il contratto*, IV, op. cit., p. 1614; U. CARNEVALI, *La risoluzione*, M. BESSONE (diretto da), *Trattato di diritto privato*, U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI (a cura di), XIII, Torino, 2011, p. 115; Id., *Della risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1454, *Comm. cod. civ. Scialoja-Branca*, A. LUMINOSO, U. CARNEVALI, M. COSTANZA (a cura di), Bologna, 1990, p. 78; G. Sicchiero, *La risoluzione per inadempimento*, Artt. 1453-1459, in P. Schlesinger (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2007 p. 364; C. CONSOLO, *Il processo nella risoluzione del contratto per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 333.

17 Lo *jus variandi* indicato dall'art. 1453 c.c. ed il diritto di risarcimento è stato analizzato dal Supremo Collegio a Sezioni Unite che ha concluso "La parte che, ai sensi dell'art. 1453, 2° comma, c.c., chieda la risoluzione del contratto nel corso del giudizio dalla stessa promosso per ottenere l'adempimento, può domandare, contestualmente all'esercizio dello *ius variandi*, non solo la restituzione della prestazione eseguita, ma anche il risarcimento del danno derivante dalla mancata attuazione dello scambio" Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 11 aprile 2014 n. 8510, in *Dejure*.

delle inadempienze in attuazione di quanto previsto dall'art. 1455 c.c. Lo scrutinio è rimesso al giudice di merito<sup>18</sup> che valuta sia il comportamento mantenuto da entrambe le parti nella fase dell'esecuzione del contratto, sia l'interesse che hanno i contraenti all'esatto adempimento dell'obbligo contrattuale<sup>19</sup>. La giurisprudenza ha sostanzialmente riconosciuto che il criterio di valutazione deve attestarsi su elementi oggettivi, quali la priorità temporale dell'inadempimento e la quantificazione economica della inesatta esecuzione, e su elementi soggettivi desumibili dal comportamento mantenuto da entrambe le parti<sup>20</sup>. L'accertamento della gravità delle reciproche inadempienze deve essere riferito alla causa del contratto, ovvero alla funzione socio-economica che le parti intendevano perseguire con l'operazione economica ineseguita, se in corso di giudizio si accerta che il rifiuto ad adempiere è seguito ad una inesatta esecuzione altrui non grave, il legislatore ha positivamente (art. 1460, 2 comma c.c.) disposto che il ricorso all'eccezione d'inadempimento dovrà essere considerata contraria alla buona fede<sup>21</sup>.

In sintesi, l'eccezione di inadempimento per essere accolta e per giustificare la sospensione volontaria dell'esecuzione non solo deve essere successiva ad una inesatta esecuzione altrui ma deve essere causalmente giustificata dal comportamento dell'altro

---

<sup>18</sup> In tal senso una recente pronuncia del Supremo Collegio che ha statuito *“In materia di responsabilità contrattuale, la valutazione della gravità dell'inadempimento ai fini della risoluzione di un contratto a prestazioni corrispettive, ai sensi dell'art.1455 c.c., costituisce questione di fatto, la cui valutazione è rimessa al prudente apprezzamento del giudice del merito.”* Corte di Cassazione, sentenza 22 giugno 2020 n.12182, in *Dejure*.

<sup>19</sup> In taluni casi, è il legislatore che stabilisce espressamente quando l'inadempimento è grave. In queste ipotesi il giudice dovrà limitarsi ad accertare che si sia verificata la situazione prevista dalla legge: si pensi alla vendita con riserva di proprietà (vendita a rate), dove è stabilito che il mancato pagamento di una sola rata, che non superi l'ottava parte del prezzo, non dà luogo alla risoluzione del contratto; sicché solo se le rate non pagate sono almeno due oppure quella non pagata supera il limite di un ottavo del prezzo, può esercitarsi l'azione di risoluzione. In tema di diritti dei consumatori, l'art. 130, c. 10, D.lgs 6 settembre 2005 n. 206 (Codice del consumo) stabilisce che un difetto di conformità di lieve entità per il quale non sia possibile o sia eccessivamente onerosa la riparazione o la sostituzione, non dà diritto alla risoluzione del contratto.

<sup>20</sup> In tal senso si veda la pronuncia del Supremo Collegio che espressamente statuito *“In tema di risoluzione per inadempimento, il giudice, per valutarne la gravità, deve tener conto di un criterio oggettivo, avuto riguardo all'interesse del creditore all'adempimento della prestazione attraverso la verifica che l'inadempimento abbia inciso in misura apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità, e, in concreto, in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da dar luogo a uno squilibrio sensibile del sinallagma contrattuale, nonché di eventuali elementi di carattere soggettivo, consistenti nel comportamento di entrambe le parti (come un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione, a opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra), che possano, in relazione alla particolarità del caso, attenuarne l'intensità”* Corte di Cassazione, sentenza 5 Marzo 2019, n. 6364 in *Dejure*.

<sup>21</sup> Il Supremo Collegio ha statuito *“Il giudice ove venga proposta dalla parte l'eccezione "inadimplenti non est adimplendum" deve procedere ad una valutazione comparativa degli opposti inadempimenti avuto riguardo anche alla loro proporzionalità rispetto alla funzione economico-sociale del contratto e alla loro rispettiva incidenza sull'equilibrio sinallagmatico, sulle posizioni delle parti e sugli interessi delle stesse, per cui, qualora rilevi che l'inadempimento della parte nei cui confronti è opposta l'eccezione non è grave ovvero ha scarsa importanza, in relazione all'interesse dell'altra parte a norma dell'art.1455 c.c., deve ritenersi che il rifiuto di quest'ultima di adempiere la propria obbligazione non sia di buona fede e quindi non sia giustificato ai sensi dell'art. 1460, comma 2, c.c.”* Corte di Cassazione, sentenza 8 novembre 2016, n.22626, in *Dejure*. Per un'attenta analisi dell'evoluzione giurisprudenziale e della casistica recentemente affrontata dalle Corti di merito e dalla Corte di legittimità si veda M. DELLACASA, *Quando l'inadempimento è reciproco: il piano dei rimedi e la proiezione dell'interesse positivo*, op. cit.

contraente. Pertanto, il legittimo esercizio del meccanismo di autotutela disciplinato dall'art. 1460 c.c. presuppone che il rifiuto all'adempimento abbia ad oggetto un'obbligazione principale e non accessoria, o comunque sconnessa a quella che è la cosiddetta condotta sinallagmatica principale richiesta alle parti. La domanda riconvenzionale preordinata a sospendere l'esecuzione di un'obbligazione accessoria viola la clausola generale della buona fede pertanto non potrà essere accolta<sup>22</sup> in giudizio. Come già osservato in precedenza il legislatore del 1942 nel disciplinare il meccanismo dell'eccezione di inadempimento ha previsto solo l'ipotesi dell'esecuzione tardiva imposta al contraente infedele, tanto è che se lo stesso offre di adempiere anche tardivamente alla prestazione principale dedotta in contratto, l'eccezione di inadempimento non sarà più efficace. Tuttavia, è possibile che il ritardo dell'adempimento incida negativamente sull'interesse vantato dal contraente fedele che confida nella consegna del bene entro i termini previsti nel contratto o addirittura che il contraente infedele non offra l'esecuzione della prestazione inadempita.

Nel caso dell'appalto pubblico il termine di consegna dell'opera è fondamentale ai fini dell'esatta esecuzione della prestazione principale.

La questione analizzata dal Tribunale di Padova è un esempio di quanto osservato, l'ARPAV ha bandito una gara ad evidenza pubblica per ottenere la consegna di una imbarcazione con una specifica dotazione tecnologica soggetta ad un processo di obsolescenza molto celere, quindi il ritardo nella consegna determina una sostanziale inutilizzabilità del bene, a causa della vetustà tecnologica del battello commissionato. Inoltre, l'A.T.I. Non aveva alcuna intenzione di adempiere alla prestazione contestata. È palese che in questa ipotesi l'interesse pubblico non può essere conseguito. Questa evenienza non è contemplata nel caso dell'autotutela negoziale (art. 1460 c.c.), infatti il meccanismo dell'eccezione di inadempimento non garantisce al contraente fedele, che in corso di causa ha espressamente manifestato la carenza di interesse all'esecuzione tardiva, di liberarsi dal vincolo negoziale. La risoluzione del contratto non è positivamente prevista nemmeno se entrambe le parti dichiarano di non voler più dare esecuzione al contratto.

In assenza di una esplicita domanda delle parti del processo di risoluzione del contratto inattuabile, si chiede una soluzione “creativa” al giudice adito che può risolvere il contratto inattuabile e fondare il suo convincimento valutando il comportamento processuale e sostanziale delle parti; in questo modo si applica il principio di effettività della tutela giurisdizionale. In particolare, la giurisprudenza sostiene che è legittimo qualificare la domanda giudiziale e la relativa eccezione d'inadempimento come una chiara manifestazione del mutuo consenso risolutorio espresso dai contraenti in corso di causa<sup>24</sup>.

---

<sup>22</sup>È stato osservato che tra i presupposti dell'eccezione di inadempimento si annovera “la successione logico-cronologica” dell'inesecuzione rispetto a quella della controparte”. *L'exceptio*, dunque, non è opponibile quando le parti si rendono inadempienti in modo del tutto indipendente. L'esempio indicato dall'autore è riferito ad un contratto di vendita, in questo tipo negoziale le parti devono consegnare il bene dovuto e pagare il prezzo ai rappresentanti delle rispettive controparti nello stesso momento, ma in luoghi diversi. Se il bene non viene consegnato e il prezzo non viene pagato, l'eccezione non è opponibile ed entrambe le parti devono ritenersi inadempienti. D. MANTUCCI, *L'inadempimento reciproco*, Napoli 1990, p. 28,

<sup>23</sup> L'istituto del “mutuo dissenso” è alquanto controverso in dottrina; dubbi si sollevano *in primis* sulla sua effettiva qualificazione ontologica ed *in secundis* sugli effetti prodotti dallo stesso. Ai fini del presente studio orientato alla disamina del necessario bilanciamento degli interessi pubblico-privati in ipotesi di

Il potere di rideterminazione delle reciproche istanze delle parti al fine di motivare una pronuncia risolutiva del contratto, comunque, è vincolato al rispetto delle norme processuali, tanto è che esso può essere esercitato dal giudice solo se l'eccezione di inadempimento è stata proposta tempestivamente, ovvero entro i termini previsti nell'art. 167, comma 2, c.p.c.<sup>25</sup>.

---

infedeltà reciproca nell'appalto pubblico il dibattito dottrinario e giurisprudenziale in ordine al mutuo dissenso è riportato a titolo meramente esemplificativo e non esaustivo. La dottrina ha osservato che l'accordo di mutuo dissenso o di scioglimento per mutuo consenso si concreta in una controvicenda, opposta ed incompatibile con quella del contratto precedente, A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, p. 163. In particolare, è stato osservato che il mutuo dissenso è un autonomo contratto menzionato dalla legge, che trova proprio nell'estinzione di un pregresso rapporto contrattuale la sua funzione e dunque la sua causa. C. M. BIANCA, *Diritto civile III, Il contratto*, Milano 1998, p. 700; G. CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.* 1993, p. 638 ss. Altra parte della dottrina sostiene che il contratto estintivo è un negozio collegato al contratto da estinguere, R. SCOGNAMIGLIO, *Collegamento negoziale*, in *Enc. dir.* VII, Milano 1960, p. 378 ss. È controversa anche l'individuazione dell'oggetto dello scioglimento: un primo indirizzo, aderendo ad un'interpretazione letterale, ritiene che lo scioglimento per mutuo consenso risolva il contratto precedentemente stipulato dalle parti. F. GALGANO, in *Comm. S.B.* 1993, p. 17; F. CARRESI, in *Tr. C. M.* 1987, p. 871. Altra parte della dottrina, in adesione ad una lettura funzionale della norma, ritiene che lo scioglimento riguardi il rapporto, ossia gli effetti derivanti dal contratto, R. SCOGNAMIGLIO, in *Tr. G. S. P.* 1980, p. 211; L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1949, p. 647. In merito agli effetti un'ulteriore opinione sostiene che il mutuo consenso dà luogo ad una revoca o ad un recesso, LUMINOSO, op. cit. p. 163; G. MIRABELLI, in *Comm. Utet* 1984, p. 291. Altrettanto dibattuta è la questione relativa all'individuazione del momento in cui si producono gli effetti dello scioglimento per mutuo consenso: un filone della dottrina sostiene che lo scioglimento per mutuo consenso ha efficacia *ex nunc*, salvo che le parti abbiano convenuto diversamente, A. Luminoso, op. cit. p. 163; altro filone afferma che il mutuo consenso importa lo scioglimento del vincolo negoziale con effetti *ex tunc*, F. GALGANO, op. cit., p. 23; C. M. BIANCA, op. cit. p. 699; G. MIRABELLI, op. cit., p. 289; L. CARIOTA FERRARA, op. cit., p. 694. Il mutuo consenso non può sciogliere i contratti che abbiano già prodotto i loro effetti traslativi, costitutivi o abdicativi di diritto, come accade per i contratti ad efficacia reale in tal senso si veda G. MIRABELLI, op. cit., p. 290; R. SCOGNAMIGLIO, op. cit. 212; *contra* F. Galgano, op. cit., p. 19. A sua volta l'accordo di scioglimento per mutuo consenso non è un contratto ad efficacia reale, ma ad efficacia obbligatoria, in tal senso si veda R. SCOGNAMIGLIO, op. cit., p. 212. In giurisprudenza ricorre un contrasto in ordine alla decorrenza degli effetti del mutuo consenso. Per una sintesi delle divergenti posizioni dottrinarie e giurisprudenziali si veda Trapuzzano commento art. 1372 c.c., *Il mutuo dissenso, cod. civ. Comm. in Dejure*.

<sup>24</sup> Secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza in presenza di reciproche domande di risoluzione, fondate da ciascuna parte su determinati inadempimenti dell'altra, il Giudice che accerta l'inesistenza di singoli, specifici addebiti, non può pronunciare la risoluzione per colpa di una di esse, quindi deve dare atto della impossibilità di eseguire il contratto per effetto della scelta di entrambi i contraenti. La risoluzione viene dichiarata perché le contrapposte manifestazioni di volontà sono fondate su premesse contrastanti, quindi sono dirette comunque ad ottenere lo scopo perseguito dal mutuo consenso risolutorio ovvero quello dello scioglimento del rapporto negoziale. Dal punto di vista processuale una siffatta ricostruzione logico-giuridica della fattispecie non rappresenta una violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in quanto il giudice qualifica giuridicamente le domande reciproche delle parti, e sostanzialmente rileva la risoluzione del contratto per impossibilità sopravvenuta di esecuzione derivante dalle scelte risolutorie di entrambe le parti. Corte di Cassazione, sentenza 19 marzo 2018 n.6675 con nota S. MENDICINO, *Contestazione reciproca di inadempimento: non pronuncia ultra petita il Giudice che considera risolto il contratto per mutuo dissenso*, in *Diritto & Giustizia*, fasc.49, 2018, p. 10 ss.

<sup>25</sup> Recentemente la Corte di Appello di Catanzaro ha statuito che "L'eccezione di inesatto inadempimento ex art. 1460 c.c. è eccezione tipica, che può essere fatta valere soltanto dall'interessato e non può essere rilevata d'ufficio; essa soggiace alla decadenza di cui all'art. 167, co. 2, c.p.c." in Corte Appello Catanzaro, sez. III, sentenza 24 giugno 2020 n.902 in *Dejure*.

Ad avviso di chi scrive la soluzione “creativa” proposta dalla giurisprudenza per superare l'*impasse* può essere adottato solo bilanciando il principio della domanda (art. 112 c.p.c.) con quello dell'effettività della tutela giurisdizionale<sup>26</sup>, quindi la sentenza risolutiva può essere pronunciata solo se dagli atti processuali è palese l'interesse reciproco delle parti allo scioglimento del vincolo inattuabile anche in assenza di una esplicita istanza processuale in tal senso. In caso contrario l'eccezione di inadempimento può solo paralizzare processualmente la domanda risolutiva e la *querelle* dovrà essere definita valutando caso per caso i comportamenti reciproci delle parti del processo e l'incidenza delle rispettive inadempienze sull'equilibrio sinallagmatico.

La risoluzione del contratto generalmente è fonte di un'obbligazione risarcitoria, tuttavia nel caso che ci occupa lo scioglimento del vincolo è conseguenza di un rapporto negoziale reso inattuabile per volontà reciproca delle parti, quindi per un criterio di effettiva tutela delle parti processuali<sup>27</sup> sarebbe iniquo per il giudice adito condannarle al risarcimento del danno<sup>28</sup>, al contrario risponde maggiormente all'interesse delle parti liquidare degli indennizzi reciproci.

---

<sup>26</sup> Il tema dell'effettività della tutela rimediabile è particolarmente sentito sia dal legislatore interno, pressato dalle fonti sovranazionali (art. 47 carta di Nizza, artt. 6 e 13 Cedu), sia dalla giurisprudenza che dalla dottrina. In particolare l'effettività della tutela è stata definita dalla Corte di Cassazione come una “regola cardine” dell'ordinamento costituzionale, volta ad assicurare il diritto “ad un rimedio adeguato al soddisfacimento del bisogno di tutela di quella unica e talvolta irripetibile situazione sostanziale di interesse giuridicamente tutelato” Corte di Cassazione, sentenza 17 settembre 2013 n. 21255, in *Foro it.*, 2013, I, c. 3121; per un commento G. VETTORI, *Validità, Responsabilità e cumulo dei rimedi*, in *Danno e resp.*, 2014, p. 150 e D. IMBRUGLIA, *Il giudice comune e il principio di effettività della tutela. Note a margine di Cassazione 21255/2013*, in *Persona e mercato*, 2014, p. 55. Essa è immediata espressione del tema trattato *de jure condendo* della prevedibilità delle decisioni, detto principio è stato espressamente previsto anche dall'art. 1 del codice del processo amministrativo (D.lgs 104/2010) secondo cui la giurisdizione amministrativa assicura “una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo”. G. VETTORI, *L'attuazione del principio di effettività. Chi e come*, in *Persona e mercato*, 2017, p. 187; Id., voce *Effettività delle tutele (diritto civile)*, in *Enc. dir.*, Ann. X, Milano, 2017; Id., *Contratto giusto e rimedi effettivi*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2015, p. 787 ss.; D. DALFINO, *Accesso alla giustizia, principio di effettività e adeguatezza della tutela giurisdizionale*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2014, p. 907 ss.; A. DI MAJO, *Giustizia e «materializzazione» nel diritto delle obbligazioni e dei contratti tra (regole di) fattispecie e (regole di) procedura*, in *Europa dir. priv.*, 2013, p. 797; Id., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa dir. priv.*, 2005, vol. 2, p. 341 ss.; Id., da ultimo, *Rimedi e dintorni*, in *Europa dir. priv.*, 2015, p. 703 ss.; S. PAGLIANTINI, *Diritto giurisprudenziale e principio di effettività*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 112; D. IMBRUGLIA, *Effettività della tutela e poteri del giudice*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2017, p. 961; L. BREGGIA, *La giustizia del XXI secolo dentro e fuori la giurisdizione: una riflessione sul principio di effettività*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2016, p. 715. È stato altresì osservato che una nuova figura di certezza, intesa come ragionevole prevedibilità del *decisum*, s'incentra sulla riscoperta dell'argomentazione giuridica che rende trasparente e quindi controllabile la giustificazione delle decisioni e consente una cultura del precedente. C. CARIA, *Certezza del diritto e prevedibilità. Una riflessione sul tema*, in *Diritto e storia*, 2016.

<sup>27</sup> Si veda nota che precede.

<sup>28</sup> La dottrina ha osservato che “la « forza del fatto » impone la risoluzione, trova un indiretto ma significativo riscontro in una sentenza di merito, relativa ad un contratto di appalto immobiliare, che pur ritenendo non grave tanto l'inadempimento dell'appaltatore quanto l'inadempimento del committente — e rigettando, su questa base, le contrapposte domande di risoluzione e risarcimento del danno — condanna le parti, rispettivamente, ad indennizzare le rispettive controparti per i lavori effettivamente eseguiti [credito spettante all'appaltatore] e per i costi da sostenere per sanare i vizi dell'opera parzialmente realizzata [credito spettante al committente]: cfr. *Trib. Milano 9-1-2018*, per esteso in *Pluris*. L'assetto che ne deriva si identifica con quello conseguente alla risoluzione del contratto non accompagnata dal risarcimento del danno: le parti, infatti, vengono collocate nella situazione in cui si sarebbero trovate se non avessero concluso il contratto, in quanto dal valore delle opere eseguite dall'appaltatore vengono

A parere di chi scrive applicando rigorosamente il principio della domanda, se la parte chiede la restituzione di quanto già eseguito *medio tempore*, la pronuncia in merito all'obbligazione restitutoria è funzionale ad evitare un ingiustificato arricchimento altrui. Se non è possibile la restituzione in forma specifica di quanto eseguito dalle parti (art. art. 1458 c.c.), la liquidazione del *quantum debeatur* si sostanzierà nel cosiddetto interesse negativo riconosciuto a titolo indennitario in attuazione dei presupposti di cui agli artt. 2041 ss. c.c.

Il principio della retroattività degli effetti della risoluzione comunque può essere applicato solo alle obbligazioni effettivamente eseguite *medio tempore* dai contraenti, per ciò che riguarda i contratti di durata sorge il problema di definire quale sia il discrimine delle prestazioni eseguite. La dottrina<sup>29</sup> si è interrogata sull'applicabilità del principio disposto dall'art. 1458, comma 1, ultima parte, per quei contratti di durata caratterizzati da una prestazione finale unica e da atti intermedi funzionali all'esatta esecuzione dell'unica prestazione (cosiddetta esecuzione frazionata). In particolare il tipo negoziale disaminato nella sentenza chiosata è una ipotesi di operazione complessa nella quale si rilevano prestazioni istantanee, si pensi al pagamento imputato al committente a presentazione degli stati di avanzamento dell'opera (SAL), e prestazioni di durata a carico dell'altro contraente, le quali si presentano mediante un intreccio di prestazioni di dare, di fare e di non fare, o addirittura di frazioni di prestazioni funzionali al risultato finale, si pensi alle singole *tranches* richieste nel caso oggetto di studio all'ATI convenuta in giudizio. Al riguardo la valutazione in ordine alla risoluzione ed agli effetti della retroattività della pronuncia risolutiva deve comunque essere compiuta, caso per caso, avendo riguardo alle singole "coppie di prestazioni"<sup>30</sup>. La risoluzione avrà dunque un duplice e differente effetto sulla vicenda restitutoria. La retroattività sarà infatti piena, e quindi la risoluzione avrà effetto al momento della stipulazione del contratto, per le prestazioni istantanee. La retroattività sarà invece limitata, e quindi la risoluzione avrà effetto unicamente per le prestazioni continuate o periodiche, poiché resteranno salve le coppie di prestazioni già eseguite, e quelle ulteriori collegate a queste stesse prestazioni. Infine, qualora una delle parti eserciti il meccanismo di autotutela come nella sentenza emessa dal Tribunale di Padova, l'eccezione "*inadimplenti non est adimplendum*", di cui all'art. 1460 c.c., può paralizzare la richiesta della controprestazione relativa alla parte della prestazione non

---

dedotte le spese necessarie per sanare i vizi che ne riducono l'utilità. Benché contraddittoria — in quanto esclude la risoluzione, ma restituisce al solvens [appaltatore] il valore "netto" della prestazione eseguita — la sentenza è di notevole interesse, perché perviene al risultato descritto senza giustificarlo sulla base di un ipotetico (quanto fittizio) mutuo consenso. Favorevole ad ammettere la risoluzione del contratto per mutuo consenso, in considerazione degli effetti preclusivi prodotti dalle contrapposte domande di risoluzione, F. GALGANO, *Trattato di diritto civile*, II, Padova 2009, p. 503 s. testo e nt. 8. M. DELLACASA op. cit., V. ROPPO, *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, G. IUDICA, P. ZATTI (a cura di), Milano, 2001, p. 915.

<sup>29</sup> G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in P. SCHLESINGER (fondato da), *Il codice civile. Commentario*, Milano, 2007, p. 766.

<sup>30</sup> Nelle operazioni negoziali complesse e di durata parte della dottrina ha elaborato la teoria delle cosiddette "coppie di prestazioni", ovvero in applicazione del principio della corrispettività il rapporto obbligatorio, va considerato separatamente per ciascuna coppia di prestazioni. In questo tipo di contratto ciascuna prestazione già eseguita costituisce un adempimento "integrale e completo", cui deve conseguire una corrispondente controprestazione U. CARNEVALI, *L'inadempimento*, in U. Carnevali, E. GABRIELLI, M. TAMPONI (a cura di), *La risoluzione*, in M. GABRDI (diretto da), *Trattato di diritto privato*, Torino, 2011, p. 209.

eseguita, ma non può paralizzare quella relativa alla parte della prestazione già eseguita, che non sia stata restituita, né che sia stata offerta in restituzione e che anzi sia stata utilizzata. Applicando la teoria della coppia di prestazioni al caso di specie, l'eccezione di inadempimento può essere utilmente fatta valere solo se, e quando, attenga alla prestazione di riferimento rispetto alla controprestazione richiesta all'eccezione, e quindi solo se essa si svolga sul piano della "coppia di prestazioni" in corrispondenza temporale<sup>31</sup>.

Da ultimo dovrà essere valutato il riparto dell'onere probatorio tra i contraddittori che in caso di eccezione di inadempimento risulta essere sostanzialmente invertito<sup>32</sup>.

Nella motivazione è stato rilevato che la Cantieri Navali Megaride soc. coop. a r.l., ovvero la parte processuale che aveva subito a sua volta l'eccezione di inadempimento, non aveva provato l'inadempimento dell'ARPAV ente committente, quest'ultima, che nella domanda introduttiva veniva qualificata come inadempiente ai sensi dell'art. 1453 c.c., al contrario si era contraddistinta per la corretta attività istruttoria svolta in corso di causa, quindi la domanda dell'attrice non ha trovato accoglimento.

### **3.3 La clausola risolutiva espressa quale ipotesi di valutazione preventiva dell'importanza dell'inadempimento**

La clausola risolutiva espressa è disciplinata dall'art. 1456 c.c.<sup>33</sup>, essa è un meccanismo rimediabile pattizio per addivenire ad una risoluzione di diritto dall'impegno negoziale<sup>34</sup>.

---

<sup>31</sup> E. GABRIELLI, *I contratti di durata, il diritto italiano e il nuovo codice civile argentino*, in *Giustizia civile*, n. 2, 2018, p. 283.

<sup>32</sup> Il Tribunale di Padova ha aderito a questa soluzione citando espressamente il pronunciamento del Supremo Collegio che recentemente ha ribadito e statuito "In tema di prova dell'inadempimento di una obbligazione, il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex articolo 1460 del Cc (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccezione si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. "in Corte di Cassazione, sentenza 2 settembre 2020 n.18200 in *Guida al diritto* 2020, 39, 75.

<sup>33</sup> L'art. 1456 c.c., a parere della dottrina, costituisce un *unicum* rispetto alla legislazione abrogata in quanto la giurisprudenza era solita risolvere delle *querelle* assimilabili a quelle disciplinate dall'art. 1456 c.c. riconducendo la fattispecie sotto l'egida della condizione risolutiva ed applicandone le relative regole. Si veda Corte di Cassazione, sentenza 21 febbraio 1946, n. 177, in *Foro it.* 1944-1946, I, p. 570 (con nota di Natoli).

<sup>34</sup> La dottrina ha sostenuto che la clausola risolutiva espressa si distingue dalla condizione risolutiva in quanto la prima è un elemento del contratto mentre la seconda costituisce un modo di essere del contratto, quindi è solo formalmente inserita in una clausola del regolamento ma è funzionalmente preordinata a subordinare l'efficacia del contratto alla verifica di un evento futuro ed incerto. M. BESSONE, voce *La clausola risolutiva*, in *Enc. dir.*, Milano, VII, 1960, p. 197; G. SICCHIERO, *La risoluzione per inadempimento*, in *Commentario Schlesinger-Busnelli*, 2014, p. 10, 2007, p. 601 ss.; A. SMIROLDO

Le parti già nella fase della formazione del regolamento contrattuale indicano delle obbligazioni alla cui inesatta esecuzione consegue la risoluzione del contratto, la dottrina ha precisato che il contenuto della clausola deve essere chiaro e deve indicare senza dubbi l'effetto risolutivo conseguente all'inadempimento, sicché la semplice menzione della essenzialità dell'obbligazione non è sufficiente per produrre l'effetto liberatorio<sup>35</sup>. La preventiva volontà risolutiva, cristallizzata puntualmente nel regolamento contrattuale, ausilia il giudice nello scrutinio della fattispecie concreta: in quanto l'Autorità Giudiziaria adita, durante il procedimento introdotto dalla parte interessata alla pronuncia di scioglimento dal vincolo, dovrà solo verificare che sussistano in concreto le ipotesi descritte preventivamente dai contraenti nel regolamento negoziale. In questo caso non viene richiesta l'ulteriore valutazione inerente alla cosiddetta "gravità dell'inadempimento"<sup>36</sup> poiché sono le stesse parti che in via preventiva specificano qual'è il loro interesse prioritario da raggiungere con quella determinata operazione economica. Il rimedio stragiudiziale previsto dal legislatore per la risoluzione di diritto del contratto è a formazione progressiva in quanto verificatosi l'inadempimento dell'obbligazione dedotta nella clausola risolutiva, il contraente fedele che intende liberarsi dal vincolo negoziale deve manifestare alla controparte la volontà di avvalersi della clausola e solo dal momento della ricezione di tale manifestazione di volontà il contratto potrà ritenersi automaticamente risolto<sup>37</sup>.

Il corretto esercizio del diritto potestativo riconosciuto all'adempiente produce l'effetto risolutivo del rapporto negoziale di diritto, pertanto l'eventuale intervento giudiziale è funzionale solo ad accertare la verifica degli eventi e la modalità di esercizio del diritto potestativo dell'*accipiens*<sup>38</sup>.

Nei contratti di durata è possibile che le parti abbiano eseguito parzialmente le obbligazioni delle quali è fonte il negozio, quindi applicando le osservazioni esposte in precedenza le obbligazioni restitutorie conseguenti alla risoluzione avranno ad oggetto tutte quelle coppie di prestazioni che sono state eseguite *medio tempore* fino alla comunicazione ricettizia dell'adempiente.

La dottrina<sup>39</sup> ha osservato che il meccanismo rimediale predisposto preventivamente dalle parti così come descritto dal legislatore ha una funzione di autotutela del contraente fedele al vincolo negoziale. Quest'ultimo può liberamente scegliere se

---

*Profili della risoluzione per inadempimento*, Milano, 1992, p. 217-218; L. MOSCO, *La risoluzione del contratto per inadempimento*, Napoli, 1950, p. 194-195.

<sup>35</sup> V. ROPPO, *Il contratto* cit., p. 967.

<sup>36</sup> La Suprema Corte osserva che la clausola risolutiva espressa attribuisce al contraente il diritto potestativo di ottenere la risoluzione del contratto per l'inadempimento di controparte senza doverne provare l'importanza, in quanto valutata dalle parti anticipatamente. In Corte di Cassazione, sentenza 18 aprile 2018 n. 9550 in *Dejure*.

<sup>37</sup> La dottrina ha definito l'atto che contiene la manifestazione di volontà risolutiva come un atto unilaterale recettizio. C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 1994, p.316

<sup>38</sup> La dottrina ha precisato che quando le parti prevedono una clausola risolutiva espressa nel regolamento negoziale la sentenza risolutiva è di mero accertamento, in quanto l'effetto solutorio è disposto di diritto e consegue alla mera comunicazione dell'*accipiens*. Ciò determina una netta differenza con quanto disciplinato nell'art. 1453 c.c. in attuazione del quale la sentenza risolutiva ha natura costitutiva. U. CARNEVALI, M. TAMPONI, *L'inadempimento in Il contratto in generale*, U. CARNEVALI, E. GABRIELLI, M. TAMPONI (a cura di), Milano 2011, p. 18 ss

<sup>39</sup> L'atto con cui la parte non inadempiente si avvale della clausola ha natura negoziale e funzione di autotutela; trattasi di un atto unilaterale, ricettizio e stragiudiziale. C. M. BIANCA, *Diritto civile. La responsabilità*, V, Milano, 1994, p. 316.

avvalersi oppure meno della clausola risolutiva senza dover giustificare l'eventuale opzione di prosecuzione del rapporto negoziale.

La giurisprudenza<sup>40</sup> dal canto suo ha precisato che il diritto potestativo riconosciuto nel regolamento negoziale deve essere comunque temperato dal principio di buona fede che costituisce un canone interpretativo fondamentale per valutare l'effettivo agire delle stesse. In sostanza si vuole evitare un abuso del diritto potestativo riconosciuto pattiziamente al contraente fedele.

Il diritto ad avvalersi della clausola risolutiva è escluso per il soggetto inadempiente, infatti in caso contrario la clausola in parola sarebbe un espediente per aggirare il principio *pacta sunt servanda* (art. 1372 c.c.), comunque l'inadempiente può paralizzare l'effetto risolutivo opponendo il rifiuto ad adempiere ai sensi dell'art. 1460 c.c.

Se l'operazione economica è complessa, come nel caso deciso dal Tribunale di Padova, l'eccezione di inadempimento (art. 1460 c.c.) potrà essere correttamente proposta solo se il rifiuto ha ad oggetto la prestazione corrispettiva a quella dedotta nella clausola risolutiva espressa<sup>41</sup>.

Il meccanismo di autotutela appena descritto può essere legittimamente applicato anche ai contratti di appalto pubblico, così come è accaduto nel caso risolto dal Tribunale di Padova. In questa ipotesi comunque deve considerarsi che una delle parti è una Pubblica amministrazione portatrice di interessi pubblici ciò impone una valutazione più attenta dei principi applicabili all'istituto descritto dall'art. 1456 c.c.

In questa ipotesi viene da chiedersi quale sia il confine entro il quale far valere la clausola risolutiva espressa senza incorrere in un abuso del diritto.

Si rammenta che la giurisprudenza amministrativa<sup>42</sup> spesso utilizza il criterio dell'interesse pubblico, sotteso all'attività strumentale della P.A. per ricavarne uno spazio di insidiabilità dell'azione amministrativa<sup>43</sup>, come se si ponesse un veto al giudice ordinario di scrutinare il corretto esercizio del diritto potestativo azionato dalla Pubblica amministrazione.

La dottrina sul ricorso incodizionato al cosiddetto interesse pubblico ha recentemente osservato che la Pubblica amministrazione agisce sempre per perseguire un interesse pubblico che costituisce una "clausola generale" dell'operato del soggetto pubblico, quindi questo elemento può trasparire in qualunque ambito operi un ente pubblico anche se lo stesso stipula un contratto<sup>44</sup>.

---

<sup>40</sup> Il Supremo Collegio ha osservato che il principio di *bona fides* rappresenta "una direttiva fondamentale per valutare l'agire dei privati e una concretizzazione delle regole di azione per i contraenti in ogni fase del rapporto". In Corte di Cassazione, sentenza 23 novembre 2015 n. 23868, in *Dejure*.

<sup>41</sup> Sulla teoria della "coppia delle prestazioni" esigibili ed eseguite nei contratti di durata si veda il paragrafo precedente.

<sup>42</sup> Il Consiglio di Stato sulla penale contrattuale ha specificamente affermato che essa "non incide sull'adempimento dell'obbligazione e, dunque, sul contenuto contrattuale (come nel caso dell'art. 1382 c.c.), bensì, *ex post*, sulla causa del contratto, e dunque sulla "funzione obiettiva economico - sociale del negozio" per come conformata dalla strumentalità dello stesso al raggiungimento di finalità di pubblico interesse, che legittimano l'agire della pubblica amministrazione ed il conferimento di potere alla medesima", Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 15 maggio 2017 n. 2257; analogamente Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 12 maggio 2016 n. 3653, in *Dejure*.

<sup>43</sup> Si veda L. R. PERFETTI, *La legittimazione processuale come parte della teoria del diritto di azione. Il problema della limitazione della tutela dalle condizioni dell'azione al contenuto della giurisdizione e ritorno*, in *P.A. - Persona e Amministrazione*, V, 2019, n. 2, p. 225-240.

<sup>44</sup> L'Autore sostiene che il giudice amministrativo ricorrendo senza alcun limite alla "clausola generale" dell'interesse pubblico lo introduce in qualunque fattispecie sia coinvolto l'ente pubblico quindi questa operazione logica altera la concreta applicazione degli istituti civilistici in commento. La visione logico

Una applicazione generalizzata ed acritica dell'interesse pubblico riferita alla clausola risolutiva espressa inserita per volontà delle parti in un contratto di appalto pubblico equivale ad un esercizio della discrezionalità amministrativa. Seguendo il ragionamento logico-giuridico prospettato dalla citata dottrina se la Pubblica amministrazione decide di esercitare il diritto potestativo riconosciutole nel contratto al giudice ordinario è inibito qualunque accertamento relativo anche alle modalità di esercizio del diritto.

E' chiaro che una simile lettura della fattispecie diverge dal principio dell'equilibrio sinallagmatico che, quale dogma imprescindibile nel sistema del contratto, impone di interpretare le clausole negoziali in funzione del principio di buona fede e sicuramente non legittima alcun abuso del diritto potestativo anche se la clausola risolutiva espressa è inserita in un contratto di appalto pubblico e viene azionata da un ente pubblico. Quindi a parere di chi scrive in attuazione dei poteri di accertamento del giudice ordinario sarà compito di quest'ultimo valutare se l'ente pubblico, che ha azionato la clausola risolutiva espressa, ha comunque mantenuto un comportamento orientato al principio della buona fede nella fase di esecuzione del contratto.

La discrezionalità amministrativa riconosciuta in capo all'ente pubblico si sostanzia solo nella scelta se avvalersi o meno del diritto potestativo dedotto nel contratto. Pur essendosi verificato l'inadempimento indicato nella clausola risolutiva la Pubblica Amministrazione può legittimamente rinunciare ad avvalersi del diritto potestativo e mantenere inalterato il contratto, se l'esatta esecuzione di tutte le obbligazioni dedotte nel rapporto negoziale possono perseguire un risultato maggiormente aderente all'interesse pubblico sotteso alla gara ad evidenza pubblica. Tuttavia una volta esercitata questa attività discrezionale le modalità di esercizio del diritto potestativo devono uniformarsi ai principi del diritto civile, infatti quest'ultima fase attiene all'esecuzione del contratto e non è una manifestazione dell'azione amministrativa. Da ciò consegue che il giudice ordinario può decidere se il comportamento tenuto dall'ente successivamente alla scelta discrezionale sia conforme o meno alla buona fede.

Nel caso deciso dal Tribunale di Padova la valutazione appena esposta non è stata oggetto di precipua domanda delle parti, quindi la disamina giurisdizionale ha esulato dall'analisi della questione proposta.

#### **4. Conclusioni**

Il contratto di appalto pubblico è stato più volte oggetto di disamine dottrinarie.

---

giuridica prospettata dall'autore determina " uno spazio di valutazione discrezionale insindacabile che, per vero, deriva solo dal fatto stesso dell'introduzione della clausola generale in questione nel ragionamento ". Con specifico riferimento al caso in cui la P.A. stipuli un contratto è stato altresì osservato che "È agevole leggere in giurisprudenza che l'interesse pubblico «non costituisce (né lo potrebbe) una «immanenza» esterna alla convenzione/contratto, ma essa — in quanto la Pubblica Amministrazione persegue sempre nella sua azione interessi pubblici, in conformità al principio di legalità, quale che sia il modulo utilizzato — conforma il contratto» sicché si arriva a sostenere che «la finalità di pubblico interesse» costituirebbe la «causa sia ove intesa quale funzione obiettiva economico — sociale del negozio, sia ove intesa quale funzione obiettiva giuridica dell'atto» e conformerebbe «l'oggetto del contratto, ossia il contenuto del medesimo» — salvo, poi, non paghi, sostenere che «può modificare la stessa efficacia» del contratto», conferendo «un ambito di produzione di effetti giuridici più ampio di quello offerto al comune contratto di diritto privato dall'art. 1372 c.c.». Ecco superati in un momento secoli di tribolazioni della dottrina per inquadrare correttamente la relazione tra interesse pubblico (che è lo scopo — non la causa — di una delle parti del rapporto contrattuale) e contratto: l'interesse pubblico è causa del contratto e conforma a sé l'oggetto e l'efficacia dello stesso " si veda L. R. PERFETTI, *Cerbero e la focaccia al miele. Ovvero dei pericoli del processo amministrativo e delle sue mancate evoluzioni*, in *Il Processo*, n. 2, Agosto 2020, p. 428.

L'espressione linguistica si presenta come un ossimoro che evoca elementi di diritto positivo tipici del diritto civile ed elementi tipici del diritto pubblico.

Questa "sintesi eclettica" ha diviso la dottrina in due orientamenti alcuni autori<sup>45</sup>, hanno considerato per lungo tempo l'appalto pubblico come un istituto da ricondurre nell'alveo degli atti negoziali di diritto privato, la cui unica peculiarità si attestava sulla natura pubblica di una delle parti, che imponeva un procedimento amministrativo riferibile solo alla scelta del contraente.

Altra parte della dottrina, anche supportata da scelte legislative diverse e più recenti, ha sviluppato una concezione più propriamente amministrativistica dell'appalto pubblico (di lavori o di opere) aprendo la riflessione su di uno schema proprio dei contratti di diritto pubblico, strumentali all'esercizio dell'attività amministrativa. Questo orientamento dottrinario ha criticato le teorie privatistiche ipotizzando una posizione di subordinazione dell'appaltatore rispetto alla pubblica amministrazione che andava ben oltre la mera fase di affidamento dell'opera o del servizio, sulla cui natura di procedimento amministrativo peraltro non si dubitava, tanto da estendere il controllo amministrativo anche all'esecuzione del contratto. Ciò, in ragione dei numerosi istituti pubblicistici previsti dall'ordinamento in deroga alla disciplina civilistica del contratto di appalto<sup>46</sup> ed in funzione dell'interesse pubblico che supporta ogni azione amministrativa.

Dirimente per la soluzione della questione nozionistica dell'appalto pubblico è stata la normativa comunitaria che ha imposto delle definizioni peculiari tali da rendere l'istituto come figura autonoma rispetto all'analoga figura civilistica o ad una figura prettamente pubblicistica.

Attualmente può affermarsi che l'espressione appalto pubblico è la sintesi di un sistema di norme di estrazione pubblico-privata.

Il contratto di appalto pubblico è stato positivamente previsto dalle disposizioni contenute nel Codice dei contratti pubblici, tuttavia lo sforzo legislativo, in ossequio alle pressanti richieste a livello unionale, è stato orientato a procedimentalizzare il rapporto stazione appaltante-appaltatore come soggetto esecutore materiale dell'interesse pubblico concretizzato con l'azione amministrativa.

Questa accezione comunque non è esaustiva del complesso rapporto che trae fonte dal contratto appalto pubblico, infatti il vincolo negoziale instauratosi tra l'ente appaltante e l'appaltatore quali mere parti di un rapporto negoziale deve essere orientato ad un sostanziale equilibrio sinallagmatico. In sostanza nella fase esecutiva del contratto la P.A. interviene come mero contraente acquisendo gli stessi poteri, diritti e doveri dell'appaltatore, ciò equivale a dire che la P.A. nella fase esecutiva si spoglia della supremazia garantitale dal perseguire un interesse pubblico, per divenire un centro di imputazione di interessi alla stregua dell'appaltatore (art. 1655 ss. c.c.).

Tuttavia, se a livello teorico il connubio interesse pubblico ed interesse privato ha dei confini ben definiti, nella pratica necessita un intervento ermeneutico organico delle vigenti disposizioni orientate a disciplinare ambiti diversi, soprattutto allorquando il "contratto di appalto pubblico" entra nella fase patologica del rapporto. È in questa fase che emergono maggiormente le peculiarità del rapporto asimmetrico Pubblica amministrazione appaltante-parte privata appaltatrice.

---

<sup>45</sup> G. PITTALIS, *Appalto pubblico*, in *Dig. disc. pubbl.*, X, Torino, 1995, appendice, p. 723.

<sup>46</sup> P. VIRGA, *Teoria generale del contratto di diritto pubblico*, in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, p. 979 ss.

Un esempio è desumibile proprio dalla lettura del caso commentato con il presente studio che ha imposto l'analisi dapprima della fattispecie afferente alla soggettività dell'associazione tra imprese partecipanti alla gara ad evidenza pubblica. La costituzione delle A.T.I. per le imprese private che intendono partecipare alle gare d'appalto è in alcuni casi necessitata sia per il notevole impegno economico, richiesto nella fase esecutiva del contratto pubblico, che per la peculiare specializzazione indispensabile per l'esatta esecuzione dell'opera richiesta.

Tuttavia questo "soggetto" economicamente tipico è positivamente solo menzionato nell'art. 28 del Codice dei contratti pubblici ma sfugge alla specifica individuazione del tipo societario così come precisata dall'art. 2249 ss. c.c., quindi ancora una volta è compito dell'interprete precisare la soggettività dell'associazione temporanea tanto da determinare sia i poteri processuali spendibili nel contraddittorio, che le posizioni sostanziali imputabili ai rappresentanti mandatarî del raggruppamento. La dottrina e la giurisprudenza concordano nell'individuare la cosiddetta capogruppo come una mandataria delle società aderenti al raggruppamento temporaneo. In caso di inadempimento quest'ultima è legittimata ad agire in giudizio contro l'ente appaltante anche per rappresentare e tutelare le istanze delle mandatarie. Dalla disamina del portato normativo di riferimento si evince che la P.A. appaltante in caso di inadempimento dell'appaltatore è estremamente tutelata in quanto, grazie alla disciplina pubblicistica contenuta nel Codice dei contratti pubblici, è garantita solidalmente sia dalla mandataria capogruppo sia dalla mandante resasi inadempiente dell'obbligazione frazionata assunta.

Il caso analizzato dal Tribunale di Padova sollecita una ulteriore riflessione sugli strumenti rimediali ai quali le parti possono ricorrere in caso di inadempimento reciproco.

Nei contratti di durata, tra i quali si annovera l'appalto, l'esecuzione non si esaurisce con una unica prestazione, solitamente il contratto è fonte di una pluralità di obbligazioni sequenziali che concorrono alla realizzazione di un'opera complessa, ovviamente questi plurimi impegni vengono eseguiti in tempi diversi. In queste ipotesi l'eventuale inadempimento può affievolire l'interesse all'esatta esecuzione vantato dal contraente fedele.

Ecco che l'attività rimediale deve essere immediata e soprattutto deve garantire un equo ristoro delle parti soprattutto quando le inadempienze sono reciproche. A ben vedere il Codice dei contratti pubblici non annovera alcuna ipotesi rimediale, ciò si giustifica in quanto la funzione del citato palinsesto normativo è quella di procedimentalizzare il rapporto tra la parte pubblica e la parte privata del contratto di appalto pubblico; al contrario il codice civile prevede delle soluzioni che possono essere adottate dalle parti ma spetta all'interprete colmare dei vuoti normativi che il "legislatore ottimista" del 1942 non aveva previsto.

Le soluzioni rimediali che sono attuate nel caso deciso dal Tribunale di Padova sono la risoluzione del rapporto mediante l'attivazione della clausola risolutiva espressa e l'eccezione di inadempimento. Il menzionato meccanismo di autotutela reciproco è facilmente applicabile tra le parti private, ma se nel rapporto negoziale interviene una parte pubblica ci si chiede come incide l'interesse pubblico vantato dall'ente nel rapporto negoziale e soprattutto come la discrezionalità amministrativa può incidere sull'operatività del meccanismo di autotutela reciproca.

Infatti, se l'analisi della fattispecie viene condotta applicando asetticamente la discrezionalità amministrativa è intuitivo che la posizione della Pubblica amministrazione è dominante rispetto a quella del privato, quindi si rileva un rapporto

asimmetrico tra le parti del contratto. Da ciò consegue uno sbilanciamento del rapporto interesse pubblico ed interesse privato nella fase patologica del rapporto negoziale ed una maggiore tutela della parte pubblica rispetto a quella privata.

L'ente pubblico in ogni sua attività manifesta la sua discrezionalità quindi nel caso in cui il rapporto negoziale entra in una fase patologica ogni scelta eseguita dall'ente diviene insindacabile, in sostanza ragionando in quest'ottica la parte pubblica in quanto tale sarebbe legittimata anche ad abusare del diritto potestativo di risoluzione del rapporto negoziale.

Nel silenzio del legislatore è compito dell'interprete ristabilire una linea di equilibrio tra l'interesse pubblico e quello privato, individuando quali siano i confini del legittimo esercizio della discrezionalità amministrativa.

La scelta discrezionale riconosciuta all'ente deve essere contenuta nella fase iniziale di eventuale esercizio del diritto potestativo, ovvero quando la parte pubblica deve decidere se attivare il meccanismo rimediabile al fine di risolvere un contratto inattuabile o se optare per la prosecuzione del rapporto negoziale anche se si sono verificati degli inadempimenti parziali. Infatti, nelle operazioni complesse quale l'appalto il risultato finale potrebbe non essere pregiudicato dalle inesatte esecuzioni intermedie, quindi l'interesse pubblico potrebbe essere conseguito anche se si sono verificate delle inesatte prestazioni intermedie. Tuttavia, una volta che la parte pubblica ha scelto quale rimedio è funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico sotteso alla gara ad evidenza pubblica, allora le modalità attuative di quella opzione devono essere valutate applicando i principi del diritto civile, solo in questo modo si può ristabilire l'equilibrio sinallagmatico che è un principio cardine del contratto applicabile anche al sistema "appalto pubblico".

*Note a sentenza*

## **Diritto all'istruzione del disabile, servizio di trasporto scolastico e limiti della sussidiarietà orizzontale \***

**Francesco Gaspari**

*Associato di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Roma "G. Marconi"*

---

### **Abstract**

*Right to education of students with disabilities, school transport services and limits of horizontal subsidiarity.*

*This law note analyses a recent decision (opinion 15 March 2021 No. 403) by the first Division of the Council of State. Such a decision is remarkable, as it addresses a particularly important topic (school transport services for students with disabilities), not only in theory, but also in practice, taking into account the situation related to the Pandemic Covid-19, that has made even more severe the already difficult situation (even at financial level) that public bodies (also the local ones) are facing.*

*The substantive issue to which the supreme administrative Court provides an answer concerns the proper legal characterisation of school transport services, and namely whether they must be free of charge or, instead, funded by students' families.*

*Key words: Students with disabilities, school transport services, horizontal subsidiarity, local administration, public budget*

---

Sommario — 1. Premessa — 2. La fattispecie sottoposta al vaglio del giudice amministrativo — 3. Il diritto fondamentale all'istruzione del disabile: inquadramento normativo — 4. Diritto all'istruzione degli studenti disabili e inclusione sociale — 5. Segue. La Piattaforma europea contro la povertà e le "censure" delle Nazioni Unite nei confronti delle politiche di austerità adottate dall'Italia — 6. Il servizio di trasporto scolastico e l'effettiva fruibilità del nucleo indefettibile dei diritti delle persone con disabilità — 7. La sussidiarietà orizzontale delle famiglie come ostacolo al diritto all'istruzione del disabile — 8. Segue. Il servizio di trasporto della persona disabile e il concetto unitario di istruzione

### **1. Premessa**

La prima Sezione del Consiglio di Stato, con la decisione qui in rassegna<sup>1</sup>, affronta un tema particolarmente importante, non solo sul piano teorico, ma anche su quello pratico,

---

\* Sottoposto a referaggio.

tenendo conto della situazione legata alla Pandemia, che ha reso ancora più grave la difficile situazione (anche sul piano finanziario) in cui versano gli enti pubblici, anche locali.

In particolare, la questione di fondo a cui il Consesso amministrativo fornisce risposta riguarda la corretta qualificazione giuridica del trasporto scolastico, vale a dire se questo debba essere effettuato a titolo gratuito (come affermano i ricorrenti) – e dunque essere incluso tra le prestazioni che rientrano nel nucleo fondamentale di questo diritto all'istruzione, come definito dalla giurisprudenza costituzionale – oppure con una contribuzione di quota commisurata al reddito in base alla certificazione ISEE, come sostenuto dalla parte resistente, secondo la diversa prospettiva per cui si tratterebbe di un trasporto socio-sanitario.

## **2. La fattispecie sottoposta al vaglio del giudice amministrativo**

La vicenda riguardava una studentessa minore, la quale, come riconosciuto dalla Commissione medica per l'accertamento dell'handicap di cui alla legge 5 febbraio 1992 n. 104 e alla legge 3 agosto 2009 n. 102, risultava "*portatrice di handicap in situazione di gravità*", in specie invalida con gravi limitazioni della capacità di deambulazione ossia "*portatrice di handicap con ridotte o impedito capacità motorie permanenti*", come allegato dalla ricorrente.

I genitori della minore, con istanza presentata al Comune di Crocetta di Montello, richiedevano il trasporto scolastico dalla residenza in Crocetta del Montello all'istituto scolastico frequentato dalla figlia. Il Comune, nel dare riscontro alla domanda presentata dai genitori della minore, rappresentava come, diversamente dal servizio di trasporto presso istituti scolastici presenti nel territorio comunale – assicurato dall'Ente in virtù di convenzioni stipulate con locali associazioni di volontariato – non sussistessero le condizioni organizzative per garantire trasporti al di fuori del territorio comunale.

La Giunta comunale di Crocetta di Montello, con deliberazione del 3 dicembre 2019, provvedeva alla organizzazione del trasporto della minore dalla residenza al Comune di Conegliano Veneto, sede della scuola primaria di destinazione, ma inquadrava l'attivazione del servizio di trasporto nell'ambito della disciplina dei servizi socio-assistenziali. Tale qualificazione giuridica del trasporto implicava un obbligo di partecipazione del soggetto fruitore agli oneri del servizio secondo i criteri espressi nella stessa deliberazione comunale.

Avverso tali provvedimenti dell'Ente locale, i genitori della giovane studentessa proponevano ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, chiedendone l'annullamento, previa sospensione, per violazione di legge – e segnatamente dell'art. 28 comma 1, legge 30 marzo 1971 n. 118 – ed eccesso di potere.

Il Ministero riferente esprimeva l'avviso che il ricorso dovesse essere accolto e anche la prima Sezione lo ha ritenuto fondato e lo ha, pertanto, accolto<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Cons. Stato, sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403.

<sup>2</sup> Con riguardo alla giurisdizione, la prima Sezione la ritiene sussistente nella specie, affermando che le prestazioni di trasporto scolastico ed assistenza specialistica a favore di alunni disabili costituiscono prestazioni di pubblico servizio non collegate a contratti individuali di utenza e, pertanto, le relative controversie rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c) c.p.a. (cfr. Cass., ord. Sez. Un., 25 marzo 2009 n. 7103; Cass., ord. Sez. Un., 28 gennaio 2020 n. 1870).

### **3. Il diritto fondamentale all'istruzione del disabile: inquadramento normativo**

La questione di fondo della vicenda controversa riguarda, come visto, il provvedimento con cui il Comune nega la gratuità e richiede il pagamento della quota di contribuzione ai genitori della studentessa, i quali ritengono, correttamente, tale provvedimento illegittimo per violazione dell'art. 28, comma 1, legge n. 118/1973<sup>3</sup>. In particolare, i ricorrenti sostengono che si versi nella fattispecie di trasporto scolastico e che questo debba essere effettuato a titolo gratuito e non con una contribuzione di quota commisurata al reddito in base alla certificazione ISEE, con la conseguenza che si tratterebbe, come sostenuto dalla parte resistente, di un trasporto socio-sanitario.

Sul piano normativo, il diritto all'istruzione delle persone disabili, disciplinato a livello di fonti primarie<sup>4</sup>, ha rilevanza costituzionale<sup>5</sup>, nonostante l'assenza nella nostra Carta costituzionale di una specifica previsione a tutela dei diritti delle persone con disabilità<sup>6</sup>.

In particolare, l'art. 2 disciplina i “*diritti inviolabili dell'uomo*” e i “*doveri inderogabili di solidarietà [...] sociale*”, il successivo art. 3, comma 2, stabilisce che “*È compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che, limitando di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini, impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l'effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”, l'art. 34, primo comma stabilisce che la scuola è aperta “a tutti”, mentre l'art. 38, terzo comma afferma il “*diritto all'educazione*” anche quando vi sia una disabilità<sup>7</sup>.

---

<sup>3</sup> Tale disposto stabilisce che “*ai mutilati ed invalidi civili che non siano autosufficienti e che frequentino la scuola dell'obbligo o i corsi di addestramento professionale finanziati dallo Stato viene assicurato il trasporto gratuito dalla propria abitazione alla sede della scuola o del corso e viceversa*”.

<sup>4</sup> In primis, tra le altre leggi sulla tutela degli alunni disabili possiamo qui richiamare la legge n. 104/1992 e la legge n. 118/1971. Per un quadro della normativa (multilivello) in materia si veda Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403, qui in esame.

<sup>5</sup> Sulla posizione delle persone con disabilità nel quadro costituzionale la dottrina è vastissima. In questa sede, tra le numerose opere, possiamo richiamare S.P. PANUNZIO, *Il cittadino handicappato psichico nel quadro costituzionale*, in *Scritti in memoria di Pietro Gismondi*, III, Milano, 1988, p. 525 ss.; U. DE SIERVO, *Libertà negative e positive*, in R. BELLI (a cura di), *Libertà inviolabili e persone con disabilità*, Milano, 2000, p. 31 ss.; G. ROEHRSEN, *Gli handicappati nella Costituzione*, in *Rass. amm. sanità*, 1978, p. 10 ss.; C. COLAPIETRO, *Diritti dei disabili e Costituzione*, Napoli, 2011, *passim*; Id., *Disabilità, crisi economica e giudice delle leggi*, in C. COLAPIETRO, A. SALVIA (a cura di), *Assistenza inclusione sociale e diritti delle persone con disabilità. A vent'anni dalla legge 5 febbraio 1992, n. 104*, Napoli, 2013, p. 157 ss.

<sup>6</sup> Così C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale: il “nuovo” diritto alla socializzazione*, in *Dirittifondamentali.it*, n. 2/2020, 6 maggio 2020, p. 121 ss., spec. p. 124. Riteniamo utile osservare come, sul piano del metodo, le questioni costituzionali sono al centro degli studi – non solo costituzionali “in senso stretto” – in materia di istruzione. Tale metodo è seguito, tra gli altri, da U. POTOTSCHNIG, *Insegnamento istruzione scuola*, in *Giur. cost.*, 1961, ora in Id., *Scritti scelti*, Padova, 1999, p. 665 ss., che sottolinea come il punto di partenza nell'analisi dell'istruzione debba essere costituito dagli artt. 33 e 34 Cost. In merito, si veda anche S. CASSESE, *La scuola: ideali costituenti e norme costituzionali*, in *Giur. cost.*, n. 6/1974, p. 3614 ss., spec. p. 3616, il quale mette in evidenza come l'esame dei problemi riguardanti il settore della scuola non possa ridursi alla considerazione di questioni soltanto amministrative.

<sup>7</sup> Cfr., in merito, Cons. Stato, Sez. I, parere 15 luglio 2020 n. 1331; Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 3 maggio 2017 n. 2023.

Un'altra disposizione costituzionale molto importante è l'art. 9, Cost., tant'è che una parte della dottrina sostiene che esso (art. 9), unitamente agli artt. 33 e 34, formano la costituzione culturale dell'ordinamento repubblicano<sup>8</sup>.

Sul piano internazionale e regionale (Unione europea), i diritti relativi all'istruzione delle persone disabili hanno avuto pieno riconoscimento sul piano europeo nell'articolo 26 della Carta dei diritti fondamentali della Unione europea, nell'art. 2 del Primo Protocollo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, primo comma, nell'art. 15 della Carta sociale europea<sup>9</sup>.

I principi relativi all'istruzione delle persone con disabilità hanno trovato altresì riconoscimento nel Piano strategico per le disabilità 2017/2023 del Consiglio d'Europa, che ha esplicitamente indicato la necessità di un approccio basato sulle capacità piuttosto che sulle disabilità<sup>10</sup>.

Sul piano internazionale, il riferimento relativo ai principi esposti è alla Convenzione di New York del 13 dicembre 2006 sui diritti delle persone disabili, entrata in vigore il 3 maggio 2008 e resa esecutiva in Italia con la legge 3 marzo 2009 n. 18.

Accanto alla normativa multilivello, si deve rilevare come il contributo fondamentale ad una più precisa definizione della tutela dei diritti delle persone con disabilità derivi “*dall'incessante opera di garanzia e promozione degli stessi esercitata dalla giurisprudenza costituzionale*”, la quale, “*nell'assestare una rilettura delle disposizioni della Costituzione alla luce dell'evoluzione della coscienza sociale e della legislazione in materia, ha finito per offrire ad essi una piena protezione di livello costituzionale, esplicitandone peraltro dimensioni nuove, sinora sconosciute, ma pur sempre espressive di valori già sottesi allo stesso dettato costituzionale*”<sup>11</sup>.

#### **4. Diritto all'istruzione degli studenti disabili e inclusione sociale**

La prima Sezione, nella pronuncia qui in rassegna, pone, condivisibilmente, particolare enfasi sul diritto all'istruzione delle persone con disabilità, affermandone la intrinseca

---

<sup>8</sup> Così A. PIZZORUSSO, *Diritto della cultura e principi costituzionali*, in *Quad. cost.*, 2000, p. 308 ss. In senso analogo, B. CARAVITA, *sub Artt. 33 e 34*, in V. CRISAFULLI, L. PALADIN (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 224 ss.; V. ATRIPALDI, *Cultura e istruzione per la formazione di una cittadinanza consapevole*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell'istruzione*, Napoli, 2014, p. 21 ss. Su tali aspetti si veda anche E. SPAGNA MUSSO, *Lo Stato di cultura nella Costituzione italiana*, Napoli, 1961, ora in Id., *Scritti di diritto costituzionale*, I, Milano, 2008, p. 391 ss., spec. p. 450; F. FRACCHIA, *Il sistema educativo di istruzione e formazione*, Torino, 2008, p. 26-27. Più di recente, si veda F. CORTESE, *La Costituzione scolastica: radici, temi e risultati*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2018, p. 45 ss.; M. TROISI, *La costituzione scolastica*, Bari, 2008. Si noti come nella locuzione “Costituzione scolastica” possano essere annoverate altre disposizioni della Costituzione, come l'art. 30, comma 1 (in materia di istruzione genitoriale), l'art. 117, commi 2 e 3 (in tema di autonomia scolastica e di competenza Stato-Regioni), nonché altre più generali e trasversali, quali quelle di cui agli articoli da 1 a 4. Si veda altresì M. Salazar, voce *Scuola (ordinamento scolastico)*, in *Nss. Dig. it., Appendice*, Torino, 1980, p. 1082 ss., il quale include anche l'art. 29 della Carta tra i principi costituzionali dell'ordinamento scolastico (ivi, p. 1083).

<sup>9</sup> Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, prima sezione, 10 settembre 2020, *G.I. c. Italia*.

<sup>10</sup> Così Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403.

<sup>11</sup> Così C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 128-129. Si veda, altresì, S. SCAGLIARINI, “*L'incessante dinamica della vita moderna*”. *I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, in E. CAVASINO, G. SCALA, G. VERDE (a cura di), *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, 2013, p. 235 ss., secondo il quale “*grazie alla valorizzazione del paradigma della dignità umana e del pieno sviluppo della persona, si assiste ad una rilettura pretoria dell'art. 38 Cost., per trarne profili sconosciuti ad un'interpretazione letterale*”.

connessione con lo sviluppo della personalità per il legame esistente tra il principio di solidarietà, di cui all'art. 2 Cost., ed il diritto all'istruzione, di cui all'art. 34 Cost.

La scuola assume, infatti, una particolare *funzione sociale*<sup>12</sup> e di integrazione e socializzazione, come ha più volte affermato la giurisprudenza. Sotto tale profilo, la Consulta, in una sua “storica” sentenza<sup>13</sup>, con riguardo agli studenti disabili, sottolinea “*la fondamentale importanza della frequenza scolastica nell'indurre momenti di socializzazione ed integrazione atti a favorirne un'evoluzione positiva*”, rimarcando inoltre che “*l'inserimento e l'integrazione nella scuola ha fondamentale importanza al fine di favorire il recupero di tali soggetti*”, in quanto “[l]a partecipazione al processo educativo con insegnanti e compagni normodotati costituisce [...] un rilevante fattore di socializzazione e può contribuire in modo decisivo a stimolare le potenzialità dello svantaggiato, al dispiegarsi cioè di quelle sollecitazioni psicologiche atte a migliorare i processi di apprendimento, di comunicazione e di relazione attraverso la progressiva riduzione dei condizionamenti indotti dalla minorazione”<sup>14</sup>. Inoltre, la medesima Corte afferma che “[i]nsieme alle pratiche di cura e riabilitazione ed al proficuo inserimento nella famiglia, la frequenza scolastica è dunque un essenziale fattore di recupero del portatore di handicaps e di superamento della sua emarginazione, in un complesso intreccio in cui ciascuno di tali elementi interagisce sull'altro e, se ha evoluzione positiva, può operare in funzione sinergica ai fini del complessivo sviluppo della personalità” (ibidem).

Anche più di recente, la Consulta<sup>15</sup> ha ribadito come l'integrazione scolastica delle persone con disabilità costituisca fattore fondamentale dello sviluppo della personalità e trovi il suo fondamento costituzionale nell'art. 38 Cost. In altra significativa decisione<sup>16</sup>, la Corte sottolinea “*la necessità che l'istruzione delle persone handicappate si compia attraverso la frequenza nelle classi comuni delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado*”, poiché la frequenza costituisce “*lo strumento fondamentale per il*

---

<sup>12</sup> Sulla particolare rilevanza sociale del servizio scolastico si veda Corte cost., sentenza 5 aprile 2018 n. 71. Sulla scuola come diritto sociale nel senso che il suo soddisfacimento interessa l'intera società si veda G.U. Rescigno, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 5 ss., spec. p. 22 e 32 ss. Si veda altresì F. FRACCHIA, *Il sistema educativo*, cit., p. 28-29, il quale, muovendo dagli artt. 2 e 3 Cost., sostiene che, da un lato, l'istruzione sia finalizzata, non solo al “*pieno sviluppo della persona umana*”, ma anche alla “*effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese*”, e che, dall'altro lato, nel settore dell'istruzione “*lo sviluppo della persona diventa per l'individuo anche un impegno verso la società*”. Sulla “*funzione sociale*” della scuola, intesa come “*strumento di elevazione spirituale dell'uomo e di progresso civile, altresì produttrice di benefici effetti di natura economica, che derivano indirettamente da ogni società composta di lavoratori culturalmente preparati*” parla anche T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, a cura di G. SILVESTRI, Milano, 2020, p. 658.

<sup>13</sup> Alludiamo, in particolare, a Corte cost., 8 giugno 1987 n. 215, considerata una “*svolta epocale*” da F. FURLAN, *La tutela costituzionale del cittadino portatore di handicap*, in C. CATTANEO (a cura di), *Terzo settore, nuova statualità e solidarietà sociale*, Milano 2001, p. 251.

<sup>14</sup> Punto 5 del *Considerato in diritto*.

<sup>15</sup> Sentenza 11 aprile 2019 n. 83, sulla quale si vedano le note di C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 121 ss. e 162-163; A. COSSIRI, *Un capitolo di spesa costituzionalmente obbligatorio: i servizi per l'integrazione scolastica dei disabili*, in *Forum Quad. cost.*, n. 1/2020, 29 febbraio 2020, p. 318 ss.; E. VIVALDI, *Il diritto all'istruzione delle persone con disabilità: continuità dei finanziamenti e tutela del nucleo essenziale del diritto*, in *Forum Quad. cost.*, 23 settembre 2019.

<sup>16</sup> Corte cost., sentenza 6 luglio 2001 n. 226.

*raggiungimento dell'obiettivo consistente nello sviluppo delle potenzialità della persona handicappata all'apprendimento, alla comunicazione, alle relazioni e alla socializzazione*". Questi ed altri principi espressi dalla Consulta (con particolare riguardo alla citata sentenza del 1987), pur riguardando solo la frequenza "alle scuole medie superiori ed universitarie", hanno "carattere generale", come ha recentemente affermato il giudice amministrativo<sup>17</sup>, tant'è che la dottrina, sulla scorta della giurisprudenza costituzionale perviene ad affermare il "nuovo diritto sociale" alla socializzazione della persona disabile ed alla sua effettiva partecipazione alla vita sociale<sup>18</sup>.

Con riguardo all'istruzione, il medesimo Consesso amministrativo ha, inoltre, rilevato che "l'inserimento e l'integrazione nella scuola [...] anzitutto evitano la segregazione, la solitudine, l'isolamento, nonché i patimenti e i pesi che ne derivano, in termini umani ed economici potenzialmente insostenibili per le famiglie. L'inserimento e l'integrazione nella scuola rivestono poi fondamentale importanza anche per la società nel suo complesso, perché rendono possibili il recupero e la socializzazione"<sup>19</sup>. Ciò assume ancor più importanza con riguardo alle persone con disabilità, come ha affermato a più riprese anche la giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'apprendimento e l'integrazione scolastica delle persone con disabilità costituiscono una premessa fondamentale della integrazione lavorativa e di quella sociale, che sono alla base di società informate ai principi di solidarietà ed uguaglianza<sup>20</sup>.

Con riguardo a trattamenti discriminatori, interessante è la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>21</sup>, in un caso relativo all'Italia, in cui sono stati ribaditi i principi fondamentali in materia di diritto all'istruzione delle persone disabili contenuti nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo. La Corte ha valutato se lo Stato italiano abbia adottato tutte le misure ragionevoli per assicurare il diritto

---

<sup>17</sup> Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 3 maggio 2017 n. 2023.

<sup>18</sup> S. SCAGLIARINI, "L'incessante dinamica della vita moderna". *I nuovi diritti sociali nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 247 ss.

<sup>19</sup> In senso analogo, più di recente, si veda Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sentenza 26 giugno 2020 n. 482. In dottrina, si veda F. FRACCHIA, *Il sistema educativo*, cit., p. 27 ss., il quale rileva come solo la (garanzia della) presenza della scuola pubblica (*recte*: di un "luogo" pubblico di istruzione) costituisca un fattore essenziale di integrazione (e richiama il tema del multiculturalismo) (ivi, p. 161); E. CARLONI, *Il diritto all'istruzione al tempo del coronavirus*, in *Astrid Rassegna*, n. 6/2020, p. 3; S. NICODEMO, *La scuola: dal passato al futuro, attraverso il ponte sospeso dell'emergenza (COVID-19)*, in *Federalismi.it - Osservatorio emergenza COVID-19*, 6 maggio 2020, p. 18; G. LANEVE, *In attesa del ritorno nelle scuole, riflessioni (in ordine sparso) sulla scuola, tra senso del luogo e prospettive della tecnologia*, in *Osservatorio costituzionale*, n. 3/2020, p. 410 ss., spec. p. 417. Sul carattere inclusivo della scuola si veda A. MORELLI, *Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della sussidiarietà orizzontale*, Gruppo di PISA, 3 settembre 2012, p. 1, consultabile alla pagina [web https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Alessandro\\_Morelli\\_-\\_Il\\_carattere\\_inclusivo\\_dei\\_diritti\\_sociali\\_e\\_i\\_paradossi\\_della\\_solidarieta\\_orizzontale.pdf](https://www.gruppodipisa.it/images/rivista/pdf/Alessandro_Morelli_-_Il_carattere_inclusivo_dei_diritti_sociali_e_i_paradossi_della_solidarieta_orizzontale.pdf), p. 5 ss.; F. FRACCHIA, *Combattere povertà ed esclusione: ruolo, strategie e strumenti per i soggetti pubblici*, in *Dir. econ.*, n. 1/2004, p. 41 ss., spec. p. 50. Il carattere inclusivo della scuola ha concorso all'evoluzione delle istituzioni scolastiche come autonomie funzionali: cfr., sul tema, A. POGGI, *Le autonomie funzionali "tra" sussidiarietà verticale e sussidiarietà orizzontale*, Milano 2001.

<sup>20</sup> Così Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403, che richiama i principi enunciati dalla Corte Costituzionale nella sentenza 8 giugno 1987 n. 215 e ribaditi nella sua più recente sentenza 11 aprile 2019 n. 83.

<sup>21</sup> Corte EDU, prima sezione, 10 settembre 2020, *G.I. c. Italia*.

all'istruzione della minore disabile. Nel caso di specie vi era stata l'interruzione del servizio di sostegno alla minore disabile<sup>22</sup>.

La vicenda si è conclusa con una condanna dello Stato italiano<sup>23</sup>, il quale, secondo la Corte, non ha motivato adeguatamente le ragioni dell'insufficienza di risorse necessarie e, in particolare, non ha mostrato di avere ripartito le risorse tra studenti normo-dotati e studenti portatori di *handicap* in modo da evitare trattamenti discriminatori nei confronti di questi ultimi<sup>24</sup>.

L'esigenza di assicurare la didattica in presenza agli studenti con disabilità ha assunto particolare importanza durante la Pandemia, quando più volte è stata disposta la sospensione delle attività didattiche<sup>25</sup>. In dette circostanze, molteplici provvedimenti hanno inteso garantire la frequenza scolastica in presenza degli alunni con disabilità. Il Ministero dell'Istruzione<sup>26</sup> prevede che (richiamando implicitamente la giurisprudenza, costituzionale e amministrativa, sopra riportata), qualora la didattica in presenza sia necessaria per gli studenti con disabilità, le istituzioni scolastiche *“non dovranno limitarsi a consentire la frequenza solo agli alunni e agli studenti in parola, ma al fine di rendere effettivo il principio di inclusione valuteranno di coinvolgere nelle attività in presenza anche altri alunni appartenenti alla stessa sezione o gruppo classe – secondo metodi e strumenti autonomamente stabiliti e che ne consentano la completa rotazione in un tempo definito – con i quali gli studenti BES possano continuare a sperimentare l'adeguata relazione nel gruppo dei pari, in costante rapporto educativo con il personale docente e non docente presente a scuola”*.

### **5. Segue. La Piattaforma europea contro la povertà e le “censure” delle Nazioni Unite nei confronti delle politiche di austerità adottate dall'Italia**

Si noti, peraltro, che l'obiettivo dell'innovazione sociale offrendo possibilità innovative di istruzione, formazione e occupazione soprattutto per le categorie più deboli (come i disabili) e per le comunità svantaggiate fa parte di una delle sette iniziative faro dell'Unione, in particolare quella riguardante la *“Piattaforma europea contro la povertà”*<sup>27</sup>. In tale prospettiva, la Commissione attribuisce agli Stati membri il compito di attuare le politiche di tale *“iniziativa faro”*, prevedendo che essi dovranno *“promuovere la responsabilità collettiva e individuale nella lotta alla povertà e all'esclusione sociale”* e *“definire e attuare misure incentrate sulla situazione specifica delle categorie particolarmente a rischio”*, tra cui i disabili<sup>28</sup>.

Sotto tali profili (inclusione sociale delle persone più deboli e dei disabili), il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali (CoDESC) delle Nazioni Unite ha – in relazione

---

<sup>22</sup> Tale sentenza è richiamata da Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403, qui in esame.

<sup>23</sup> Sia per la violazione dell'art. 2 Protocollo, in combinato con l'art. 14 della Convenzione, sia per la violazione dell'art. 8.

<sup>24</sup> Par. 62 della sentenza.

<sup>25</sup> Si veda, con particolare riferimento al trasporto di persone con disabilità diretto a garantire il diritto all'istruzione, Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403, oggetto specifico della presente nota.

<sup>26</sup> Dipartimento per il sistema educativo di istruzione e di formazione, Nota prot. n. 662 del 12 marzo 2021, recante *Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 2 marzo 2021, articolo 43 - alunni con bisogni educativi speciali e degli alunni con disabilità*.

<sup>27</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa 2020: una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM(2010) 2020 def., 3 marzo 2010, p. 22.

<sup>28</sup> Comunicazione della Commissione, *Europa 2020*, cit., p. 22.

al diritto all'istruzione<sup>29</sup> – espresso forte preoccupazione nei confronti dell'Italia, in quanto le statistiche fornite mostrano “*the high proportion of persons with disabilities among those who have not attended school and their lower proportion among those who have obtained a high school diploma*”. Inoltre, il Comitato esprime preoccupazione sulla “*persistence of physical barriers in schools and at the absence of training targeted at teachers and other education professionals on inclusive education*”<sup>30</sup>.

È del tutto evidente che, oltre alle raccomandazioni formulate dal Comitato all'Italia<sup>31</sup>, l'esclusione sociale oggetto delle iniziative della Commissione europea e del CoDESC potranno essere superate mediante un ripensamento significativo del sistema dell'istruzione, nell'ambito di un approccio che tenga conto anche (ma non solo) dell'apporto della tecnologia, nonché del “*diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità*”, come riconosciuto dall'art. 26 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, dall'art. 15 della Carta sociale europea, nonché dall'art. 38, comma 3, Cost.<sup>32</sup>, e dall'art. 24 della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità<sup>33</sup>.

Al fine di promuovere la inclusione scolastica e sociale degli studenti con disabilità, il legislatore italiano è intervenuto con il d.lgs. 13 aprile 2017 n. 66<sup>34</sup>, che promuove la partecipazione della famiglia, nonché delle associazioni di riferimento, quali interlocutori dei processi di inclusione scolastica e sociale (art. 1, comma 2). L'inclusione scolastica viene attuata attraverso la definizione e la condivisione del Piano Educativo Individualizzato (PEI) quale parte integrante del progetto individuale

---

<sup>29</sup>Previsto agli artt. 13 e 14 del Patto internazionale dei diritti economici sociali e culturali (PIDESC), approvato a New York il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978, in seguito ad autorizzazione disposta con legge 25 ottobre 1977 n. 881.

<sup>30</sup> CoDESC, *Concluding observations on the fifth periodic report of Italy*, del 28 ottobre 2015, punto 54. Ma si veda C. BURATTI, *Handicap e integrazione scolastica*, in *Econ. pubbl.*, n. 3-4/2009, p. 29 ss., secondo il quale “[l']Italia è il paese che ha la legislazione più avanzata in materia di integrazione scolastica” (ivi, p. 54).

<sup>31</sup>CoDESC, *Concluding observations on the fifth periodic report of Italy*, cit., punto 55.

<sup>32</sup>Corte cost., sentenza 8 giugno 1987 n. 215; Id., sentenza 11 aprile 2019 n. 83; Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403. Sull'art. 38 Cost. si veda L. VIOLINI, *sub Art. 38*, in M. CELOTTO, R. BIFULCO, A. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, I, Torino, 2006, p. 775 ss., spec. p. 790 ss.; G. FRANCHI SCARSELLI, *Gli alunni e gli studenti con disabilità, DSA e BES*, in E. CODINI, A. FOSSATI, S. A. FREGO LUPPI (a cura di), *Manuale di diritto dei servizi sociali*, Torino, 2017, p. 182 ss. Sull'art. 26 della Carta di Nizza si veda D. IZZI, *sub Art. 26*, in R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Milano, 2017, p. 498 ss.; M. Olivetti, *sub Art. 26*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, 2001, p. 202 ss.

<sup>33</sup> Adottata dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006, sottoscritta dall'Italia in data 30 marzo 2007 e ratificata con legge 3 marzo 2009 n. 18. Su tale Convenzione si veda E. BOSCOLO, *Istruzione ed inclusione: un percorso giurisprudenziale attorno all'effettività dei diritti prestazionali*, in *Munus*, n. 2/2014, p. 165 ss., spec. p. 174 ss.; Corte cost., sentenza 11 aprile 2019 n. 83, spec. par. 4.1 e 4.4 del *Considerato in diritto*; Id., sentenza 16 dicembre 2016 n. 275, spec. par. 1 e 5 del *Considerato in diritto*; Id., sentenza 26 febbraio 2010 n. 80, spec. par. 4 del *Considerato in diritto*; nonché Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403.

<sup>34</sup> Recante *Norme per la promozione dell'inclusione scolastica degli studenti con disabilità, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera c), della legge 13 luglio 2015, n. 107.*

di cui all'art. 14, legge 8 novembre 2000 n. 328, come modificato dal decreto n. 66/2017 in esame (art. 2, comma 2)<sup>35</sup>.

#### **6. Il servizio di trasporto scolastico e l'effettiva fruibilità del nucleo indefettibile dei diritti delle persone con disabilità**

Come mette ben in evidenza la prima Sezione del Consiglio di Stato nella decisione qui in esame, l'integrazione scolastica delle persone con disabilità costituisce fattore fondamentale dello sviluppo della personalità e trova il suo fondamento costituzionale nell'art. 38 Cost.<sup>36</sup>. Essa richiede adattamenti sia logistici sia didattici alla singola persona con disabilità, attraverso la definizione di percorsi educativi individualizzati che riflettano le difficoltà specifiche di ciascuno studente con disabilità e le caratteristiche del gruppo in cui l'inserimento deve essere realizzato<sup>37</sup>.

Gli adattamenti in questione sono necessari, poiché, in tale ottica, la libertà di circolazione (e dunque anche il trasporto scolastico) costituisce una "*libertà presupposta*", essendo finalizzata alla "*soddisfazione di primari diritti e interessi costituzionalmente tutelati*"<sup>38</sup>, tra cui, per quel che in questa sede maggiormente interessa, il diritto all'istruzione<sup>39</sup>.

In siffatta prospettiva, il trasporto scolastico gratuito configura un diritto soggettivo che l'ordinamento<sup>40</sup> attribuisce alla persona disabile. La giurisprudenza civile di legittimità non riconosce – generalmente – uno spazio discrezionale agli enti locali dinnanzi al

---

<sup>35</sup> Sul PEI si veda N. VETTORI, *Persona e diritto all'assistenza*, in *Dir. pubbl.*, n. 1/2016, p. 307 ss., spec. p. 324; C. BURATTI, *Handicap e integrazione scolastica*, cit., p. 54 ss. Sul tema dell'istruzione degli studenti con disabilità la letteratura giuridica è vasta. Tra i contributi più recenti si veda M. BENVENUTI, «*La scuola è aperta a tutti?*», *Potenzialità e limiti del diritto all'istruzione tra ordinamento statale e ordinamento sovranazionale*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018, p. 99 ss., spec. p. 112 ss., a cui si rinvia per ampi riferimenti normativi e giurisprudenziali. Sull'obbligo degli istituti scolastici di assicurare il diritto del disabile all'integrazione scolastica configurando percorsi educativi individualizzati si veda l'art. 12 della legge 5 febbraio 1992 n. 104, su cui si è recentemente soffermato Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403, qui in esame. Sulle funzioni e sugli obiettivi del PEI e della legge n. 104/1992 si veda Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., sentenza 26 giugno 2020 n. 482, la quale precisa che il raggiungimento degli obiettivi del PEI non ha carattere formale, ma sostanziale, non essendo sufficiente a soddisfare l'interesse della minore disabile grave l'essere stata ammessa all'esame di Stato ed essere stata licenziata con il voto finale di 6/10, dovendo alla stessa essere garantito il diritto ad acquisire abilità e miglioramenti durante l'intero *iter* scolastico, come prevede l'art. 11 del d.lgs. n. 62/2017 (ritenuto dal giudice amministrativo violato nella fattispecie).

<sup>36</sup> Corte Cost., sentenza 8 giugno 1987 n. 215, ribadito di recente dalla medesima Corte nella sentenza 11 aprile 2019 n. 83.

<sup>37</sup> In merito, si veda Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 3 maggio 2017 n. 2023; Id. Sez. VI, sentenza 6 febbraio 2018 n. 758; Corte europea dei diritti dell'uomo, 23 febbraio 2016, *Cam c. Turchia*, in particolare paragrafi 65 e 66.

<sup>38</sup> A. ZITO, *La politica pubblica delle infrastrutture di trasporto: presupposti e condizioni per una gestione efficace*, in G. COLOMBINI, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità, finanziamenti*, I, Napoli, 2019, p. 61 ss., spec. p. 61.

<sup>39</sup> In merito, si veda F. DI LASCIO, *Il sistema nazionale di istruzione di fronte all'emergenza sanitaria*, in *Federalismi.it*, n. 4/2021, p. 90 ss., spec. p. 105-106.

<sup>40</sup> In particolare, l'art. 28 comma 1, legge n. 118/1971.

<sup>41</sup> Si veda Cass., Sez. Un., 8 ottobre 2019 n. 25101. Sulla giurisprudenza della Cassazione si veda, in dottrina, L. BUSCEMA, *Il diritto all'istruzione degli studenti disabili*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015, p. 23 ss.; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 140-141.

diritto soggettivo pieno del disabile a godere del sostegno e del trasporto in sede scolastica<sup>42</sup>.

Neppure le esigenze di bilancio possono essere invocate per comprimere tale diritto. Il diritto all'istruzione e al trasporto gratuito degli studenti disabili costituisce un diritto fondamentale ed ha carattere prioritario rispetto ad eventuali esigenze di bilancio<sup>43</sup>.

Come ha più volte ribadito la Corte costituzionale<sup>44</sup>, nell'attuazione di tale diritto fondamentale – che comprende, ad avviso della Consulta, anche il servizio di trasporto scolastico gratuito, il quale pertanto si configura come una prestazione rientrante nel nucleo fondamentale di siffatto diritto –, il legislatore è chiamato (*recte*: è obbligato<sup>45</sup>) a predisporre gli strumenti anche finanziari necessari alla sua effettiva realizzazione. L'effettiva fruibilità del nucleo indefettibile dei diritti delle persone con disabilità non

---

<sup>42</sup> In ordine alla giurisprudenza amministrativa, possiamo richiamare, tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2020 n. 1675; Id., Sez. VI, sentenza 3 maggio 2017 n. 2023; Id., Sez. V, 7 febbraio 2018 n. 809. In dottrina, si veda, tra gli altri, F. PATERNITI, *La necessaria collaborazione tra enti locali nelle azioni di sostegno alla disabilità al fine di tutelare il diritto fondamentale all'istruzione. Nota alla sentenza del Consiglio di Stato n. 809 del 2018*, in *Federalismi.it*, n. 7/2018; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 140 ss. (ivi ulteriori riferimenti di dottrina e di giurisprudenza). Una diversa impostazione è seguita da Corte cost., sentenza 4 febbraio 1967 n. 7, che mette in risalto la differenza tra prestazioni legate al diritto all'istruzione in senso stretto, da quelle che, pur rivestendo un ruolo importante nella fruizione di tale diritto, si porrebbero in posizione ancillare rispetto alle prime, rimanendo escluse dal relativo perimetro. Tra le prestazioni escluse, la Corte espressamente menziona i "mezzi di trasporto". Tale sentenza è stata criticata dalla quasi unanime dottrina. Cfr., in merito, A. MURA, S. CASSESE, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti etico-sociali. Art. 29-34*, Zanichelli-Soc. ed. Foro it., Bologna-Roma, 1976, p. 210 ss., spec. p. 254-255.

<sup>43</sup> Corte cost., sentenza 8 giugno 1987 n. 215; Id., sentenza 16 dicembre 2016 n. 275; Id., sentenza 11 aprile 2019 n. 83; Corte cost., sentenza 26 febbraio 2010 n. 80. Con particolare riguardo alla citata pronuncia della Consulta n. 80/2010, si veda, tra gli altri, M. LOTTINI, *Scuola e disabilità. I riflessi della sentenza 80 del 2010 della Corte costituzionale sulla giurisprudenza del giudice amministrativo*, in *Foro amm.-Tar*, 2011, p. 2403 ss.; E. BOSCOLO, *Istruzione ed inclusione*, cit., p. 165 ss., spec. p. 183 ss.; F. MADEO, *Insegnante di sostegno: possibile la presenza per tutte le ore di frequenza scolastica dello studente disabile grave*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 1831 ss.; A. PIROZZOLI, *La discrezionalità del legislatore nel diritto all'istruzione del disabile*, in *Rivista AIC*, 2010; G. ARCONZO, *La normativa a tutela delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, in M. D'AMICO, G. ARCONZO (a cura di), *Università e persone con disabilità*, Milano, 2013, p. 21 ss. Conforme a tale orientamento della Corte costituzionale risulta essere Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403, qui in esame. Anche la Corte europea dei diritti dell'uomo (prima sezione, 10 settembre 2020, *G.I. c. Italia*) si è recentemente espressa nel senso della prevalenza del diritto all'istruzione dei disabili rispetto ai tagli di bilancio di un ente locale (nella specie si trattava del Comune di Eboli).

<sup>44</sup> Corte cost., sentenza 11 aprile 2019 n. 83; Corte cost., sentenza 16 dicembre 2016 n. 275, sulla quale, tra i diversi contributi, si veda A. LUCARELLI, *Il diritto all'istruzione del disabile: oltre i diritti finanziariamente condizionati*, in *Giur. cost.*, n. 6/2016, p. 2343 ss.; L. CARLASSARE, *Bilancio e diritti fondamentali: i limiti "invalidabili" alla discrezionalità del legislatore*, in *Giur. cost.*, n. 6/2016, p. 2336 ss.; A. LONGO, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Federalismi.it*, n. 10/2017; E. FURNO, *Pareggio di bilancio e diritti sociali: la ridefinizione dei confini nella recente giurisprudenza costituzionale in tema di diritto all'istruzione dei disabili*, in *Consultaonline.it*, n. 1/2017; S. BARBARESCI, *Tecniche argomentative e tutela dei diritti sociali condizionati*, in *Federalismi.it*, n. 13/2018, p. 18 ss.; C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 161 ss.; A. Apostoli, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum Quad. cost.*, 11 gennaio 2017.

<sup>45</sup> Cfr., in merito, L. CARLASSARE, *Priorità costituzionali e controllo sulla destinazione delle risorse*, in *Studi in onore di Antonio D'Atena*, I, Milano 2014, p. 375 ss., la quale distingue tra spese facoltative e spese obbligatorie. Si veda, altresì, A. COSSIRI, *Un capitolo di spesa costituzionalmente obbligatorio*, cit., p. 318 ss.

può dipendere da scelte finanziarie che il legislatore compie con previsioni che lasciano “*incerta nell’an e nel quantum la misura della contribuzione*”.

Secondo la giurisprudenza costituzionale, il potere discrezionale del legislatore volto a sottrarre risorse alla scuola non ha dunque carattere assoluto, trovando un limite nel “*rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati*”<sup>46</sup>.

Sotto tale profilo, anche la recente giurisprudenza costituzionale<sup>47</sup> ha avuto modo di chiarire che “*le scelte allocative di bilancio proposte dal Governo e fatte proprie dal Parlamento, pur presentando natura altamente discrezionale entro il limite dell’equilibrio di bilancio, vedono naturalmente ridotto tale perimetro di discrezionalità dalla garanzia delle spese costituzionalmente necessarie, inerenti all’erogazione di prestazioni sociali incomprimibili*”.

Con riguardo al diritto allo studio e all’istruzione, la Consulta ha affermato il principio secondo cui, “*una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto allo studio e all’educazione degli alunni disabili non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali*”<sup>48</sup>.

Il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, quale è l’istruzione del disabile, non può qualificarsi, secondo la Corte, come finanziariamente condizionato<sup>49</sup> e, dunque, non immediatamente giustiziabile da parte dei suoi titolari, se non nei limiti consentiti dalle risorse economiche disponibili in un dato momento storico; e “*la pretesa violazione dell’art. 81 Cost. è frutto di una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio*”, essendo “*la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*”<sup>50</sup>. Secondo la dottrina, la Consulta con questa pronuncia avrebbe delineato un autonomo modello in materia di diritti sociali, costruiti non come diritti vincolati dall’equilibrio di bilancio, ma come diritti vincolanti il bilancio<sup>51</sup>.

---

<sup>46</sup> Corte cost., sentenza 26 febbraio 2010 n. 80; Corte cost., sentenza 4 luglio 2008 n. 251; Corte cost., sentenza 22 giugno 2000 n. 226.

<sup>47</sup> Corte cost., sentenza 20 luglio 2020 n. 152, spec. punto 6 del *Considerato in diritto*. Si veda, inoltre, tra le altre, Corte cost., sentenze 10 aprile 2020 n. 62, 16 dicembre 2016 n. 275, 29 gennaio 2016 n. 10.

<sup>48</sup> Corte cost., sentenza 10 aprile 2020 n. 62, spec. punto 4.3 del *Considerato in diritto*, nonché Corte cost., sentenza 16 dicembre 2016 n. 275, punto 11 del *Considerato in diritto*.

<sup>49</sup> La giurisprudenza costituzionale degli ultimi decenni (specialmente dagli anni Novanta del XX secolo) è stata, come noto, alquanto ondivaga (cfr., in merito, I. CIOLLI, *I diritti sociali «condizionati» di fronte alla Corte costituzionale*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 3/2017, p. 353 ss.) ed ha progressivamente circoscritto la propria possibilità di annullare le scelte legislative sui diritti sociali, richiamando nelle proprie decisioni, con frequenza sempre maggiore, locuzioni quali *diritti condizionati*, *principio di gradualità delle riforme onerose*, *limitatezza delle risorse disponibili*, *valore dell’equilibrio di bilancio*. Cfr., in merito, C. SALAZAR, *Le dimensioni costituzionali del diritto all’istruzione: notazioni nel tempo della crisi*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell’istruzione*, cit., p. 31 ss., spec. p. 39. Tra le più recenti, si veda Corte cost., sentenza 23 luglio 2015 n. 178; Corte cost., sentenza 21 luglio 2016 n. 203, spec. punto 6.2 del *Considerato in diritto*. Analogo orientamento si registra nella giurisprudenza amministrativa. Si veda, tra le altre, Cons. Stato, Ad. Plen., sentenze 12 aprile 2012 nn. 3 e 4. In dottrina, si veda M. DE ZIO, *La tutela dei “diritti finanziariamente condizionati” nella prospettiva costituzionale, europea ed internazionale*, in *Annali (Università degli Studi del Molise)*, Napoli, 1999, p. 485 ss.; A. ZITO, *Diritti sociali e principio dell’equilibrio di bilancio: le dinamiche di un rapporto “complicato” nel prisma delle decisioni giudiziali*, in *Nuove autonomie*, n. 2/2020, p. 331 ss., spec. p. 336 ss. Sulla qualificazione del diritto all’istruzione come diritto sociale finanziariamente condizionato si veda A. SANDULLI, *Per la tutela della dimensione costituzionale dell’istruzione*, in F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Le dimensioni costituzionali dell’istruzione*, cit., p. 643 ss., spec. p. 645; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e Diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 561.

<sup>50</sup> Corte cost., sentenza 16 dicembre 2016 n. 275, punto 11 del *Considerato in diritto*.

<sup>51</sup> Così A. ZITO, *Diritti sociali e principio dell’equilibrio di bilancio*, cit., p. 337, nonché p. 338 ss.

### **7. La sussidiarietà orizzontale delle famiglie come ostacolo al diritto all'istruzione del disabile**

La circostanza che la scuola sia aperta a tutti (art. 34, comma 1, Cost.) implica, secondo la giurisprudenza costituzionale, che a tutti sia “*garanti[to] il diritto all'istruzione malgrado ogni possibile ostacolo che di fatto impedisca il pieno sviluppo della persona*”<sup>52</sup>.

L'approccio qui seguito è coerente con un'altra disposizione della Carta costituzionale, l'art. 34, comma 2, che stabilisce che il diritto all'istruzione sia gratuito<sup>53</sup>, e tale disposto non può essere interpretato come dovere dei genitori (ex art. 30, Cost.)<sup>54</sup> – che oggi troverebbe fondamento nel principio di sussidiarietà orizzontale – “*di far fronte alle spese dell'istruzione scolastica*”<sup>55</sup>.

La messa a disposizione agli studenti disabili del trasporto gratuito al fine di esercitare il diritto all'istruzione è preordinata a superare obiettive difficoltà di “accesso” alla scuola, ed appare necessaria “*proprio per ristabilire uguali possibilità per tutti nel godere gratuitamente della scuola*”<sup>56</sup>.

Il coinvolgimento delle famiglie, chiamate a finanziare il diritto allo studio dei propri figli (sulla base del principio di sussidiarietà orizzontale, implicitamente richiamato nella decisione qui in rassegna), costituisce – ricorrendo alle grammatiche del Calamandrei – “*una forma di sabotaggio della nostra Costituzione*”, in quanto in tal modo si fa parlare all'art. 34 Cost. il linguaggio del falso, giacché la scuola – in tale logica – non è aperta a tutti e non è gratuita<sup>57</sup>.

È dunque evidente che imporre ai genitori degli studenti disabili di sopportare gli oneri derivanti dal trasporto scolastico rappresenti una evidente violazione della nostra Carta costituzionale.

### **8. Segue. Il servizio di trasporto della persona disabile e il concetto unitario di istruzione**

Risulta, pertanto, condivisibile – in quanto coerente con la Carta costituzionale e con la giurisprudenza della Consulta e del giudice amministrativo – la conclusione cui è pervenuto il Consiglio di Stato nella vicenda oggetto della presente nota, secondo cui i provvedimenti con cui la Giunta comunale di Crocetta di Montello ha ascrivito il servizio di trasporto all'ambito socio-sanitario e non a quello scolastico viola l'art. 28, primo comma, legge n. 118/1971, “*in quanto il servizio di trasporto della persona disabile va funzionalmente inquadrato nell'ambito del diritto all'istruzione e non in quello dell'assistenza socio-sanitaria*”.

---

<sup>52</sup> Corte cost., sentenza 8 giugno 1987 n. 215, punto 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>53</sup> Cfr. ancora Corte cost., sentenza 8 giugno 1987 n. 215, punto 6 del *Considerato in diritto*.

<sup>54</sup> Nella parte in cui prevede il dovere dei genitori di istruire i figli (comma 1).

<sup>55</sup> U. POTOTSCHNIG, voce *Istruzione (diritto alla)*, in *Enc. dir.*, XXIII, Milano, 1973, p. 96 ss., spec. p. 103. Sul ruolo delle famiglie nell'assistenza ai disabili come espressione di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale (con specifico riferimento ai congedi parentali) si veda C. COLAPIETRO, *I diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, cit., p. 150 ss.

<sup>56</sup> U. POTOTSCHNIG, voce *Istruzione*, cit., p. 105.

<sup>57</sup> P. CALAMANDREI, Intervento in sede di Assemblea Costituente del 4 marzo 1947, giorno in cui l'Assemblea inizia la discussione generale del progetto di Costituzione della Repubblica italiana.

Il Consesso amministrativo – che qualifica come “*improprio*” l’onere di contribuzione richiesto alle famiglie della minore disabile – precisa poi che, nel caso di specie, il trasporto con le sue specifiche caratteristiche legate alla particolare disabilità motoria della minore è indispensabile a garantire la realizzazione del diritto all’istruzione. In altri termini, il trasporto costituisce il necessario *presupposto* affinché possa essere *effettivamente* realizzato il diritto all’istruzione. Siffatta conclusione non muta per il fatto che la minore disabile fruisca presso l’istituto anche di prestazioni sanitarie riabilitative: la natura del trasporto rimane scolastico. Neppure le particolari condizioni fisiche che richiedono un trasporto assistito sono tali da modificare la finalità del trasporto, che –secondo il giudice amministrativo – rimane scolastico.

La decisione del Giudice amministrativo risulta poi conforme all’indirizzo della giurisprudenza amministrativa (sopra richiamata)<sup>58</sup>, secondo cui il diritto al trasporto scolastico dall’abitazione all’istituto scolastico più idoneo alle esigenze della persona con disabilità si configura come un diritto soggettivo funzionale alla realizzazione di un diritto fondamentale del disabile all’istruzione.

Il trasporto scolastico non risulta essere, pertanto, una “*prestazione collaterale*”, un elemento altro e secondario, rientrando invece nel concetto unitario di “*istruzione*”<sup>59</sup>.

Correlato al diritto soggettivo del disabile vi sono – afferma il Consesso amministrativo nella decisione in rassegna – obblighi positivi sussistenti in capo all’Amministrazione, e non anche un obbligo di compartecipazione agli oneri da parte della famiglia del disabile, “*trattandosi di trasporto scolastico e dunque di servizio pubblico da erogarsi a titolo gratuito*”.

Ne consegue che, nel bilanciamento tra il servizio pubblico di trasporto gratuito e le esigenze di bilancio, a prevalere è il primo, in quanto esso “*acquisisce [una] finalità assistenziale del diritto all’istruzione scolastica costituzionalmente garantito, e deve perciò prevalere sulle esigenze di natura finanziaria, di modo che disposizioni legislative contrarie darebbero luogo a serie questioni di legittimità costituzionale*”<sup>60</sup>. \*

---

<sup>58</sup> Cons. Stato, Sez. V, 9 marzo 2020 n. 1675; Id., Sez. VI, sentenza 3 maggio 2017 n. 2023; Id., Sez. V, 7 febbraio 2018 n. 809.

<sup>59</sup> Cfr., in merito, U. POTOTSCHNIG, voce *Istruzione*, cit., p. 101. Sul concetto di istruzione si veda, dello stesso A., *Insegnamento istruzione scuola*, cit., p. 665 ss., spec. p. 735 ss., il quale chiarisce anche le differenze tra *scuola*, *istruzione* e *insegnamento* (ivi, p. 675 ss.). Su tali distinzioni si veda, altresì, A. SANDULLI, *Il sistema nazionale di istruzione*, Bologna, 2003, p. 26-27.

<sup>60</sup> Cons. Stato, Sez. I, parere 15 marzo 2021 n. 403, che risulta dunque conforme sul punto a Cons. Stato, Sez. VI, sentenza 3 maggio 2017 n. 2023, nonché a Id., Sez. V, 7 febbraio 2018 n. 809.

Promossa da:

**demetra**  
CENTRO STUDI