

Diritto e politica dei trasporti

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

Promossa da:

demetra
CENTRO STUDI

Fascicolo
I/2023

Diritto e politica dei trasporti

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

Fascicolo I/2023

Promossa da
demetra
CENTRO STUDI

anno 6, n. 10 (I-2023)

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

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 ottobre 2023

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 e tecnico/Scientific and Technical 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 di Teramo)
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 I/2023

PRESENTAZIONE DEL FASCICOLO/PRESENTATION OF THE ISSUE

Francesco Gaspari

ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS

Camilla Della Giustina, Pierre de Gioia Carabellese

Automated Vehicles in the latest UK Regulation: The Joint Report of the Law Commissions and the new “duty of candour”. The UK as the “Marco Polo” of Automated Vehicles!?! pag. 1-10

Marcello Condemi

Ammortamento alla francese: criticità matematico-finanziarie e di ordine codicistico-regolamentare pag. 11-26

NOTE A SENTENZA/LAW NOTES

Carolina Villanacci

Limiti e poteri del Giudice dell’ottemperanza pag. 27-37

Federico Vaccaro

Accesso agli atti relativi alle procedure di reclutamento del personale: il caso I.T.A. S.p.A. ... pag. 38-45

Marina Spoletini

Accordi pubblici e cooperazione amministrativa nel conflitto tra la tutela della concorrenza e la massimizzazione dell’interesse pubblico pag. 46-54

Marco Di Giugno

Il reato di disastro aviatorio alla luce della recente giurisprudenza pag. 55-63

Antonio Cecere

Continuità territoriale: i criteri per l’imposizione degli oneri di servizio pubblico nel trasporto aereo nella recente ricostruzione della giurisprudenza amministrativa pag. 64-72

CASI E QUESTIONI/CASES AND ISSUES

Mara Costantino

Il mercato della *Mobility* in Italia in netta ripresa. II edizione Ricerca su *Mobility* in Italia, di Osservatori Innovative Payments e Innovazione Digitale Turismo School of Management Politecnico di Milano pag. 73-76

Presentazione del Fascicolo

Prof. Francesco Gaspari

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

Direttore della Rivista

Il primo fascicolo del 2023 di *Diritto e Politica dei Trasporti* raccoglie contributi di estrema attualità e di sicuro interesse scientifico.

Così è per il saggio di Pierre de Gioia Carabellese e Camilla Della Giustina, che trattano il tema dei veicoli automatizzati, con specifico focus sulla regolazione della Gran Bretagna. Il contributo mette in evidenza i progressi raggiunti in UK rispetto all'Unione europea, la quale (UE) è forte in ritardo sulla regolazione del settore. A suscitare particolare interesse è un recente *Joint Report* delle *Law Commissions* (di Scozia e Inghilterra/Galles) che passa in rassegna le principali criticità delle auto a guida autonoma. Oltre al report, gli Autori discutono anche del futuro quadro normativo che potrebbe fondarsi proprio su tale report.

Molto interessante è poi il contributo di Marcello Condemi, il quale si sofferma sul c.d. ammortamento alla francese. Pur essendo molto specifico, è un tema destinato ad avere sicuro impatto anche sul settore delle infrastrutture e dei trasporti. Si tratta infatti, come ben emerge dal lavoro, di un tema per molti aspetti multidisciplinare e interdisciplinare, come dimostra il recentissimo intervento della Suprema Corte di Cassazione nell'ambito del c.d. "rinvio pregiudiziale" di cui all'art. 363-*bis* del codice di procedura civile, introdotto dal d.lgs. 10 ottobre 2022 n. 149 (c.d. Riforma Cartabia civile). In particolare, l'A. si sofferma su una questione sollevata in sede di "rinvio pregiudiziale" (*ex art. 363-bis c.p.c.*) dal Tribunale di Salerno in data 19 luglio 2023, accolta dal Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione che, con ordinanza del 6/7 settembre 2023, ha ritenuto di dover investire, in luogo di quelle semplici, le Sezioni Unite Civili.

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

Caterina Villanacci annota una recente sentenza del Consiglio di Stato con la quale tale Giudice ha definito il procedimento *ex art. 114 c.p.a.* promosso con ricorso dalla Ryanair Dac con il quale si invocava l'ottemperanza di una sentenza del Consiglio di Stato (n. 8683/2022), si censurava una nota dell'Assoclearance e si chiedeva anche la declaratoria di nullità di una nota dell'ENAC ritenuto lesiva delle posizioni giuridiche soggettive della ricorrente.

Anche il contributo di Federico Vaccaro è molto interessante e riguarda l'accesso agli atti relativi alle procedure di reclutamento del personale. In particolare, l'A. si sofferma sul recente caso I.T.A. S.p.A., sottoposto al vaglio del Consiglio di Stato. Si tratta di un ricorso promosso dall'Associazione Nazionale del Personale del Trasporto Aereo (Navid) per annullare il diniego espresso da I.T.A. S.p.A. alla richiesta di accesso a tutti i documenti relativi alle procedure di reclutamento del personale ed in particolare bandi, regolamenti societari, delibere degli organi esecutivi e determinazioni dirigenziali indicanti gli specifici criteri seguiti e le modalità di assunzione adottate nella circostanza.

Il contributo di Marina Spoletini dal titolo "*Accordi pubblici e cooperazione amministrati a nel conflitto tra la tutela della concorrenza e la massimizzazione dell'interesse pubblico*" riguarda la fattispecie di cui all'art. 15 della legge n. 241/90. La questione – su cui si è pronunciato il Consiglio di Stato – origina dal ricorso esperito dalla Elitaliana S.r.l., concessionaria delle aree dell'aeroporto di Roma Urbe e del servizio di eliosoccorso dal primo luglio 2009 al 30 giugno 2018, volto all'annullamento della concessione rilasciata dall'ENAC alla Regione Lazio e ad Ares 118 dei territori presso gli aeroporti di Latina e Viterbo, nonché la successiva determinazione di affidare alle medesime la gestione delle aree suindicate e del servizio HEMS, senza il previo esperimento di una procedura di gara. L'A. ricostruisce la vicenda muovendo dalla pronuncia del Giudice di prime cure.

La nota di Marco Di Giugno riguarda invece una sentenza del Tribunale Ordinario di Cagliari (n. 789/2021) che consente all'A. di riflettere sul tema del disastro aviatorio colposo, come disciplinato nel codice penale (in particolare, combinato disposto artt. 428 e 449 c.p.). Anche in questo caso il lavoro è molto interessante, anche per gli spunti di ordine sistematico offerti dall'Autore.

La nota di Antonio Cecere riguarda un tema di grande rilevanza e attualità: quello della continuità territoriale. L’A. lo analizza alla luce della recente giurisprudenza del Giudice Amministrativo, soffermandosi in particolare sui criteri per l’imposizione degli oneri di servizio pubblico nel trasporto aereo.

Chiude il fascicolo il contributo di Mara Costantino, incluso nella sezione “Casi e questioni”. L’A. passa in rassegna alcuni aspetti discussi dagli Osservatori Innovative Payments e Innovazione Digitale nel Turismo – School of Management del Politecnico di Milano, nell’ambito del webinar “*La mobilità in Italia: valori di mercato e strumenti di pagamento nel 2022*”, durante il quale è stata presentata la seconda ricerca sulla Mobility in Italia.

Il primo fascicolo del 2023 offre, pertanto, ai Lettori della Rivista un’utile occasione di formazione e aggiornamento su temi di estremo interesse e attualità nel settore che ci occupa. Non mi resta che augurare a tutti buona lettura!

Articoli e Saggi

Automated Vehicles in the latest UK Regulation: The Joint Report of the Law Commissions and the new “duty of candour”. The UK as the “Marco Polo” of Automated Vehicles!?!*

Camilla Della Giustina¹, Pierre de Gioia Carabellese²

¹ Ph.D. Candidate in Law, fully qualified lawyer in Italy.

² Professorial Fellow (Advance HE, York) and Professor (full) of Business Law and Regulation (ECU, Perth, 2020), Appointed Professor of Banking and Financial Law (Beijing Institute of Technology, Hong Kong Area), Notary Public (Edinburgh), Solicitor (UK).

Abstract

Automated Vehicles in the latest UK Regulation: The Joint Report of the Law Commissions and the new “duty of candour”. The UK as the “Marco Polo” of Automated Vehicles!?!

The law and regulation are making their debut in the matter of automated vehicles. Quite surprisingly, the news is from London and Edinburgh, rather than Brussels. While in the EU automated vehicles are still shrouded in mystery, the Joint Commissions of Scotland and England/Wales have, very recently, come up with a brand-new report which, once enshrined in legislation, seemingly in a very imminent future, should highlight and clarify the major issues of the liability of self-driving cars. Against this backdrop, the paper attempts to discuss both the Report, with its novel definitions (user in charge, and duty of candour, among the most intriguing ones) and the prospective legislative framework that may be envisaged. Particularly, 'candour', a traditional concept in medical law, finds itself catapulted into a different area, insurance law, in connection with self-driving cars. Additionally, and intriguingly, the further aim of the discussion is to ascertain the philosophical and moral implications unleashed by the liability of automated vehicles: ultimately, it is not simply the algorithm that matters, rather a complex nexus of legal, philosophical, and economic dilemmas.

Key words: automated vehicles; duty of Candour; user in charge; liability of automated vehicles; Joint Report Law Commissions.

Table of contents — 1. Introduction — 2. The ‘duty of candour’ in the area of AV— 3. The concept of “*user in charge*” in the prospective UK regulation — 4. The legal assessment of the liability of automated vehicles — 5. Reflections on the Joint Report 2022: a ‘twilight’ of the new UK regulation.

* Sottoposto a referaggio.

1. Introduction

As a result of Brexit, the UK was jinxed as the country without any role in the European Union – and such a viewpoint was quite obvious, as it was leaving the ‘club’ across the Channel, as well as changing its rôle on the international political stage. As to the latter, word had it that the UK would need to start from the ‘backdoor’.¹ In this catastrophic scenario, sketched in perhaps too nonchalantly half a decade ago, it comes as a surprise that the Kingdom is proving itself the first jurisdiction in the Old Continent that, thanks to its unfettered resilience, is going to establish the first regulation on the most advanced technology in modern transport: automated vehicles or self-driving cars.

In such a *crescendo* of events and developments, a brief chronology is necessary.

First and foremost, in 2018, the UK passed a piece of legislation, the Automated and Electric Vehicles Act² 2018.³ This statute relates to Connected and Autonomous Vehicles (CAVs): these are vehicles that move either automatically or semi-automatically in ordinary road traffic. The EAVA 2018 sets forth legal principles in force of which the legal liability lies on both the insurer and the owner of the vehicle.

The former (the insurer) is liable for damages “*where a) an accident is caused by an automated vehicle when driving itself on a road or other public plane in Great Britain*”. The liability, more in details, is triggered by the fact that “*the vehicle is insured at the time of the accident*” (letter b) and, “*an insured person or any other person suffers damage as a result of the accident*” (letter c).⁴

The latter (the owner) is liable, on the other hand, if: “*a) an accident is caused by an automated vehicle when driving itself on a road or other public place in Great Britain*” (letter a) and “*the vehicle is not insured at the time of the accident*” (letter b).⁵

In the UK, the evolution of Automated Vehicles⁶ kick-started from the first ‘report’ of the Law Commissions on 8th November 2018.⁷ The last report, or better the Joint Report about Automated Vehicles is on 26 January 2022.⁸ The last one introduces innovative issues and new concepts: the duty of candour in the insurance policy of automated vehicles; the concept of user in charge; and, finally, a new approach in the interaction between human and AVs.

¹ P. DE GIOIA CARABELLESE, *Unmanned vehicles e Rischi Legali ed Assicurativi. Una Visuale dal Regno Unito della Disciplina della Responsabilità dei Veicoli senza Guidatore*, in *Diritto e politica dei trasporti*, No. 1, 2021, p. 1 ff.

² Henceforth also referred to as “AEVA 2018”.

³ Among scholars, see J. MARSON, K. FERRIS, J. DICKINSON, *The Automated and Electric Vehicles Act – Part I and Beyond: A Critical Review*, 2020, p. 395 ff.; M. CHANNON, *Automated and Electric Vehicles Act 2018: An Evaluation in light of Proactive Law and Regulatory Disconnect*, in *European Journal of Law and Technology*, 2019, online.

⁴ Paragraph 1(1).

⁵ Pursuant to paragraph 1(2), a negative condition should occur: it is the negative conditions that “c) section 143 of the Road Traffic Act 1988 (users of motor vehicles to be insured or secured against third-party risks) does not apply to the vehicle at that time— (i) because of section 144(2) of that Act (exemption for public bodies etc), or (ii) because the vehicle is in the public service of the Crown; and d) a person suffers damage as a result of the accident”.

⁶ Henceforth, also referred to as AVs.

⁷ More precisely: Law Commission, Consultation Paper No. 240, Scottish Law Commission, Discussion Paper No. 166, Automated Vehicles. A joint preliminary consultation paper, 08 November 2018.

⁸ Law Commission, Consultation Paper No. 404, Scottish Law Commission, Discussion Paper No. 258, Automated Vehicles: Joint Report, 26 January 2022.

The underpinning idea of this paper that not only does a Regulation on the insurance of these *sui generis* vehicles belong to the public law realm,⁹ but also it is an interdisciplinary and, to a certain extent, multidisciplinary matter. In light of this too, the last paragraph of this contribution concerns a quasi-moral-philosophical aspect, *i.e.*, the tragic choices, and, more precisely, the theme of the 'trolley problem', stemming from the existence of automated vehicles.

2. The 'duty of candour' in the area of AV

As anticipated in the previous Chapter, one of the most important 'novelties' of the EAVA 2018, is the introduction of the concept of 'duty of candour'.

While this duty is mentioned in Chapter 1 of the Report,¹⁰ its debut dates back to a long time ago, in the UK. In fact, it is a legal concept not without an interesting and fascinating evolution. Thus, the 'candour' may carry a different meaning, depending on whether either the lens of law or those of ethics are applied.

From an ethical point of view, candour has to refer to openness, honesty and transparency.¹¹ In other words, candour is not synonymous with the word 'trust', nor 'honesty', rather, it has a different and distinct meaning, that is to say completeness, openness and frankness. By contrast, from a legal perspective, particularly medical law, candour is, ultimately a public duty 'hanging' on the health service. This last one (the iconic British 'NHS') must offer services and treatments that are characterised by respect, transparency and openness.

Another legal perspective, that of administrative law, enjoins one to come up with a further interpretation of the concept of candour. In this area, the duty of candour is more similar to the principles of justice permeating administrative procedures: the duty to provide an explanation for any decision stemming from an administrative body. From this different perspective, the goal of the duty of candour is to explain the potential causal link between the damages suffered by the applicant and the decision of the public body.

Still from a public law perspective, the duty of candour may even stretch to a public law obligation, because it is instrumental in achieving a public interest, via two different ways. On the one hand, it helps identify mistakes made by a public body and, therefore prevent future failures; on the other hand, it is a public enhancement in healthcare, since it requires compliance with openness and honesty.¹²

Ultimately, the duty of candour does have its 'roots' in medical law,¹³ although more recently, thanks to the Joint Reports of Law Commission, it also has 'branches' in the field of insurance law. Moreover, while the duty of candour was only a central

⁹ From the web site of Law Commissions, it is inferable that the classification is 'public law', see Automated Vehicles - Law Commission.

¹⁰ Paragraph 1.30.

¹¹ A CAMPBELL, G. GILLET, G. JONES, *Medical Ethics*, OUP, 2001.

¹² From a judicial perspective, reference shall be placed on *Naylor v Preston* [1987] 1 WLR 958, 967. In this Court decision, the Court held that "*in professional negligence cases, and in particular in medical negligence cases, there is a duty of candour resting on the professional man*".

¹³ Regulation 20 of The Health and Social Care Act 2008 (Regulated Activities). More precisely, Regulations 2014 provides a definition of such a duty. To elaborate, the duty of candour in medical law ensures that "*patients harmed by a health care service are informed of the fact and that an appropriate remedy is offered, whether or not a complaint has been made or a question asked about it*". R. FRANCIS, *The Report of the Mid Staffordshire NHS Foundation Trust Public Inquiry*, London, 2013.

recommendation of key public inquiries and policy reviews in the past,¹⁴ in recent years this duty has changed its nature, insomuch as to include a legal façade too.¹⁵

Nevertheless, the crucial issue is the correct meaning that 'duty of candour' has in the AV Regulation. Potentially, medical law provides a few suggestions and insights. First, the main aim, also in the AVs Regulation, could be the setting up of a culture of safety.¹⁶ Second, the duty of candour also refers to specific requirements of reporting which should ensue, in the future, from a material safety incident. In this way, the duty is concerned with an honest report about the facts involved with the incident and helpful advice on the further appropriate and following enquiries.

Based on the foregoing, it is possible that, in relation to the matter of AVs, the duty of candour¹⁷ maybe considered a crucial one, in the two crucial 'phases' of a vehicle accident: before the risk has materialised; after such a risk has become obvious.

Based on the Joint Report, the duty of candour is part of a broader framework where "*a no-blame safety culture*" is promoted and a different one, based on "*to learn from mistakes*", is recommended. This result could better be achieved also in reliance on a perspective system of administrative sanctions for automated vehicles, in stark contrast with criminal sanction currently applicable to 'conventional' cars. It is an ambitious goal that "*relies on the honesty and transparency of the ASDE and NUIC operator in sharing information with regulators*".¹⁸

In case of a breach of the duty of candour, the 'Crown', therefore, the prosecutor in a non-UK legal terminology, could prosecute both the "*company*" (to use the language of the UK Report) and the "*nominated person*". Thus, the Report highlights that the explicit purpose of the 'Crown' is to ascertain if the company and nominated person have taken "*all reasonable precautions and exercised all due diligence to prevent wrongdoing*".¹⁹

Another 'person' against which/whom the 'Crown' may carry out its investigation is the "*senior manager*". This second scenario may engender some different consequences, if compared with the first one. In essence, a senior manager is the individual who "*had consented to or connived at the misrepresentation or non-disclosure*". In this case, the 'Crown' is in need "*to prove the necessary mental element: either that the senior manager was aware of the wrongdoing or that they had deliberately closed their eyes to it*".²⁰

¹⁴ I. KENNEDY (Chair), *The Report of the Public Inquiry into Children's Heart Surgery at the Bristol Royal Infirmary 1984–1995: Learning from Bristol* (Cmnd 5207 (I) 2001); DH, *Making Amends: A Consultation Paper Setting out Proposals for Reforming the Approach to Clinical Negligence in the NHS* (DH 2003).

¹⁵ O. QUICK, *Duties of Candour in Healthcare: the Truth, the whole Truth, and nothing but the Truth?* in *Medical Law Review*, vol. 30, No. 2, 2022, p. 324 ff.

¹⁶ "A culture of candour is a culture of safety, and viceversa". D. DALTON, N. Williams, *Building a Culture of Candour: A Review of the Threshold of the Duty of Candour and of the Incentives for Care Organisations to be Candid*, in *Royal College of Surgeons*, 2014, p. 12.

¹⁷ Some Scholars emphasise that "[t]he requirement that a director favor the corporation's interests over her own whenever those interests conflict. As with the duty of care, there is a duty of candor aspect to the duty of loyalty. Thus, whenever a director confronts a situation that involves a conflict between her personal interests and those of the corporation, courts will carefully scrutinize not only whether she has unfairly favored her personal interest in that transaction, but also whether she has been completely candid with the corporation and its shareholders". See R.T. O'KELLEY, R. B. THOMPSON, *Corporations and Other Business Associations: Cases And Materials*, Aspen, 5th ed. 2006.

¹⁸ ASDE stands for "Authorised Self-Driving Entity", see paragraph 2.41. Joint Report; NUIC means No User-In-Charge, see paragraph 2.47 Joint Report.

¹⁹ By contrast, the prosecution office "would not need to prove that either the company or the nominated person had acted with knowledge", Joint Report paragraph 11.52.

²⁰ Joint Report paragraph 11.53.

3. The concept of “*user in charge*” in the prospective UK regulation

The Joint Report sparks off further reflection on other principles encompassed with the prospective legislation in this area of law, AVs, and, more generally, for fully automated vehicles. More specifically, the recommendations of the Law Commissions suggest that the person in the driving seat, since she/he is no longer a driver, may be regarded as a “*user-in-charge*”. The definition of the “*users-in-charge*” is given by the same Report. They are humans sitting in the driving seat, while a vehicle is driving itself.

The underpinning philosophy of the Joint Commissions is that every vehicle driving itself should have a user-in charge: as a result, the user-in-charge would be regarded : “(1) *an individual, that is, a human or “natural person”, rather than an organisation; (2) who is in the vehicle: not standing nearby or in a remote operations centre; (3) in position to operate the driving controls: for current vehicle design, in the driving seat; (4) while an ADS feature requiring a user-in-charge is engaged. [..]*”.²¹

As a result of this definition of “*user-in-charge*”, she/he will no longer be prosecuted for offences which arise directly from the driving task. It is obvious that, in this case, the liability will lie on the producer of the automated vehicle. Thus, the “*user-in-charge*” would have immunity from a most offences, such as dangerous driving, violation of speed limits or to run a red light. However, the user-in-charge will still retain some duties, such as “*carrying insurance, checking loads or ensuring that children wear seat belts*”.

The user-in-charge, like any current driver of a traditional or conventional vehicle, shall have a driving licence (although the Joint Report refers to an unclear “qualification”), as well as being fit to drive, “*as they may be called on to take over driving if the ADS issues a transition demand*”. As a traditional driver, the user-in-charge “*must not be under the influence of drink or drugs*”.

To ensure that this system cannot be circumvented, the Joint Report makes it a criminal offence “*to act as a user-in-charge while unfit or unqualified, or to cause or permit another person to do so*”. More generally, in connection with the new concept of user-in-charge, the Joint Report draws a robust demarcation line between dynamic and non-dynamic driving, and, therefore, between dynamic and non-dynamic offences. More in general, when the ADS feature is engaged, the user-in-charge will not be responsible “*for the dynamic driving task*”, since they do not control the vehicle “*through steering, accelerating or braking, and do not need to monitor the driving environment*”. Similarly, while the user-in-charge is immune for all offences which arise from dynamic driving, she/he will face a criminal liability “*where the user-in-charge took steps to override or alter the 18 system so as to engage the ADS when it was not designed to function, or deliberately interfered with the functioning of the ADS*”. Finally, a user-in-charge will retain other ‘non-dynamic’ driver responsibilities. For the remaining responsibilities, which appear to be also the most serious ones, it will be the producer that will retain most of them, including first and foremost the criminal ones.

4. The legal assessment of the liability of automated vehicles

A burning question stems from the analysis of the concept of “*user in charge*”: who the ‘real’ driver in the fully automated vehicle is. The definition suggested by the Joint Report corroborates the idea that pure unmanned vehicles, in essence, are those not relying at all

²¹ ADS stands for Automated Driving System.

on a human being as a driver of cars or trucks,²² since the real driver is seen as being an algorithm, or an Artificial Intelligence (AI) system.²³ Thus, the crucial point is the responsibility of this new unhuman driver in the case of the so called tragic choices. Additionally, an ensuing question is concerned about ‘trolley problems’, therefore the underlying issue of tragic choices, whether they will be referred to public law or insurance law, or to an interdisciplinary field of law.

With the expression 'trolley problem' reference shall be made to a philosophical matter, which may be summarised as follows: *“a trolley is hurtling down a track towards five people. You are on a bridge under which it will pass, and you can stop it by putting something very heavy in front of it. As it happens, there is a very fat man next to you - your only way to stop the trolley is to push him over the bridge and onto the track, killing him to save five. Should you proceed? The two options each demonstrate one of the philosophical positions; should one choose to sacrifice the fat man, they have taken the Utilitarian position by saving the five people on the track, netting four lives by their actions, while allowing the trolley to continue on its course without interference is the Deontological position, in which one respects the duty they owe to the fat man as a fellow human being and do not sacrifice his life in order to save the lives of the other people on the track”*.²⁴

In other words, AI system, such as an unmanned driver, must comply with the mandatory rule of road traffic legislation.²⁵ The difference between an AI driver²⁶ and a human driver is that of self-preservation: only the second one is endowed with this need. By contrast, the former does not have this ‘impulse’, because it is not in a position to make an assessment of the costs, regarding the physical safety, of other persons. These individuals are the passengers of vehicles, as well as other ‘subjects’ and/or further individuals, *i.e.*, society. It is possible that the artificial driver may prefer to protect, in event of a road accident, the property or life of another person and not the physical integrity of its own passengers.

Not only does the choice of two opposing values, or rights, have a philosophical impact, but also it becomes at last, an economic choice too. While a customer of an AV may usually prefer it to prioritise the safety of their ‘close ones’, it cannot be ruled out, paradoxically, that a subset of costumers or, rather, buyers of an AV may opt, for their

²² In force of Automated and Electric Vehicles Act 2018, s 8(1)(a), self-driving refers to “*operating in a mode in which it is not being controlled, and does not need to be monitored, by an individual*”. Moreover, the Joint Report emphasises that “*once a vehicle has been authorised as having a ‘self-driving’ ADS feature, and the feature is engaged, the human in the driving seat is no longer responsible for the dynamic driving task. It will be an offence to describe a feature as ‘self-driving’ if it has not been authorised*”, paragraph 1.17.

²³ Perhaps it is not correct to qualified AV such as autonomous vehicles because they are driver by an unmanned driver, an artificial or synthetic driver.

²⁴ N. BELAY, *Robot Ethics and Self-Driving Cars: How Ethical Determinations in Software Will Require A New Legal Framework*, in *Journal of the Legal Profession*, No. 40, 2015, p. 121; S. WU, *Autonomous vehicles, trolley problems, and the law in Ethics and Information Technology* No. 22, 2022, p. 1 ff.

²⁵ A. TANIGUCHI, M. ENOCH, A. THEOFILATOS, P. IEROMONACHOU, *Understanding acceptance of autonomous vehicles in Japan, UK, and Germany*, in *Urban, Planning and Transport Research*, No. 1, 2022. About the so-called green logistic, see A. MCKINNON, S. CULLINANE, M. BROWNE, A. WHITEING, *Green Logistics. Improving the environmental sustainability of logistics*, London-Philadelphia-Daryaganiy, 2010; A. MCKINNON, *Freight transport and logistics*, in J. STANLEY, D.A. HENSGER (eds.) *A research Agenda for Transport Policy*, London, 2019.

²⁶ It is the non-human driver, although, even in referring to the hybrid system, it is common to use this adjective (non-human).

automated vehicles to consider the life of people in general. In this second case, apparently, the value to protect could be identified in the multifarious interests of people, such as their life, their private property, their heritable assets or, even, the lives of animals. It is highlighted that these multiple values could become more and more numerous and, may also be permeated by a subjective ‘flavour’. To elaborate, a person may prefer to buy an AV whose goal is to preserve the cultural, or environmental heritage, to the detriment of the safety of (human) passengers or other people; another one could prefer an AV which preserves the life of passenger, regardless of the cost to private property. The potential samples could be even more diverse.

Ultimately, this decision does not originate from an algorithmic driver, rather it is a ‘resolution’ of both the manufacturer and the IT department: the latter being the party responsible for the software. In light of this, the liability should be on the shoulders of these subjects, and not be a responsibility of the AI driver.²⁷ In conclusion, the main problem is concerned with the balance between contrasting values, but also between different assessments about costs and benefits between the two rights, or values, at stake. From our perspective and given the dearth of contributions and legislation, it appears that the ‘judge’ of this decisional process is, first and foremost, the AI programmer, whereas only in the second instance does the unmanned driver step up to the plate. Nevertheless, sooner or later, in the so-called ‘tragic choices’, a decision shall have to be made.

More broadly, the actual approach could be not only philosophical, but also of an economic nature, because two potential rights, or aspects of human life, will have to be weighed in the balance. The decisional process, on the one hand, looks at the life of the passenger of the AV, on the other hand, at the collective/overall interest. In other words, the choice is between one or two lives, and, potentially, three, four and so on. It is worth noting that, because of this choice, the damages caused by tragic choices could also spark off judicial assessments.

In turning our attention to the trolley problem, the dilemma is whether this issue pertains to public law or, even, to an interdisciplinary ‘realm’. The underpinning idea of this paper is that, in talking about the balance test, the pertinent field is public law.²⁸ In this respect, some scholars²⁹ highlight that ‘trolley problem’ is not the correct reference in the development of these new technologies. Rather, the ‘Collingridge Dilemma’³⁰ should be the ‘beacon’. Accordingly, there should be no regulation of the impact of the damages arising out of new technologies. Since it is impossible to adhere to decisions which may take on board ethical rights, the risks will still be uncertain.

The crucial, but also sad, aspect is that the decision is concerned with human life and not, merely, an economic aspect of life. A regulation is mandatory, but also necessary, so long as it is in a position to ascertain whether a behaviour would be socially acceptable.³¹ From this standpoint, the outcome of this philosophical reasoning is a balanced result, perhaps

²⁷ B. CASEYM, *Amoral Machines, or: How Roboticists Can Learn to Stop Worrying and Love the Law*, *Stanford Law Journal*, No. 5, 2017, p. 134 ff.

²⁸ Other Scholars said that trolley problem is a moral philosophy, see H. LILLEHAMMER, *The Trolley Problem*, Cambridge, 2022.

²⁹ A. WOLKENSTEIN, *What has the Trolley Dilemma ever done for us (and what will it do in the future)? On some recent debates about the ethics of self-driving cars*, in *Ethics and Information Technology*, No. 20, 2018, p. 163 ff.

³⁰ D. COLLINGRIDGE, *The social control of technology*, London, 1980.

³¹ L. T. BERGMANN, L. SCHÖLICHT, C. MEIXNER, P. KÖNIG, G. PIPA, S. BOSHAMMER, A. STEPHAN, *Autonomous Vehicles Require Socio-Political Acceptance—An Empirical and Philosophical Perspective on the Problem of Moral Decision Making*, in *Behav. Neurosci.*, No. 28, 2018.

even a compromise, between two opposite values. Moreover, the mechanism of balancing “*is not mechanical but requires the decision-maker to appropriately take into account everything relevant that is not already addressed in the first three prongs of the proportionality test*”.³²

The analysis is even more complex, since constitutional law ‘reflections’ are important too: these involve the definition of the potential rights to be balanced. Scholars have underlined that fundamental rights cannot be balanced. In this case, the solution is a proportionality test.³³ The rule of constitutional law is clear, because the proportionality test is “*the most successful legal transplant of the twentieth century*”.³⁴

A further complex aspect is that of discrimination in the trolley problem: that is to say the discrimination in algorithmic decision-making. In fact, AV makes a decision concerning sacrificing the lives of a small group of people in order to benefit a larger group. Moreover, this is very hard to accept when the discrimination is morally wrong.³⁵

To see all of this from an Italian constitutional perspective, the existence of a ‘war’ between constitutional principles becomes obvious. Thus, it is right, because the choice made by a machine, in this case the AV, reflects the way the AI has been programmed.³⁶

Moreover: in the scenario in which the acronym ESG has become a constitutional principle, the role of constitutional law is under scrutiny. Discrimination in the decision-making process, equality, respect for environment and for future generations now constitute principles embodied in two legal provisions of the Italian Constitution. The controversy, therefore, is between the safety and life of the people, and, on the other hand, brand-new constitutional values, such as the environment, private economic initiatives and human dignity, safety and health.³⁷

Furthermore, ESG factors shall be necessarily evoked within the matter of AVs, because the last one should become the sustainability of mobility,³⁸ roads or infrastructure.³⁹ With these expressions, reference shall be made to an integration mobility, in which the last goal is a better response to the needs of economic, social and environmental safety. Moreover, the other facet is the minimisation of risk for society in a broadest sense.⁴⁰ The

³² M. KUMM, A. WALLEN, *Human Dignity and proportionality: Deontic pluralism in balancing*, in G. HUSCROFT, B. MILLER, G. WEBBER (eds.), *Proportionality and the Rule of Law: Rights, Justification, Reasoning*, Cambridge, 2014, p. 89. For the difference between proportionality and balancing test, see G. SCIACCA, *Proporzionalità e Bilanciamento tra Diritti nella Giurisprudenza delle Corti Europee*, in *RivistaAIC*, No. 3, 2017.

³³ M. KLATT, M. MEISTER, *The Constitutional Structure of Proportionality*, Oxford, 2012, p. 45 ff.

³⁴ M. KUMM, *Constitutional Rights as Principles: on the Structure and Domain of Constitutional justice*, in *International Journal of Constitutional Law*, No. 2, 2003, p. 574 ff.

³⁵ D. LEBEN, *Discrimination in Algorithmic Trolley Problems*, in R. JENKINS, D. CERNY, T. HRIBEK, *Autonomous Vehicle Ethics: The Trolley Problem and Beyond*, Oxford, 2022, p. 130 ff.

³⁶ A.E. JAQUES, *Why the Moral Machine is a Monster*, in *University of Miami Law School: We Robot Conference*, April. 2019, p. 9.

³⁷ See article 41 Italian Constitution.

³⁸ Other Scholars are of the idea that AVs are not sustainable; see E. WILLIAMS, V. DAS, A. FISHER, *Assessing the Sustainability Implications of Autonomous Vehicles: Recommendations for Research Community Practice*, in *Sustainability*, No. 12, 2020, online. See also, A. MCKINNON, *Drones: will last mile logistic take to the air*, in *Future Logistics, a Freight & Logistics supplement by the FTA*, 2016; A. MCKINNON, *Environmentally sustainable city logistics: minimising urban freight emissions*, in E. MARCUCCI et al. (eds.), *Handbook on City Logistics and Urban Freight*, London, 2023, forthcoming.

³⁹ See European Strategy for Low-Emission Mobility, COM(2016).

⁴⁰ T. BONETTI, *Trasporto pubblico locale nel prisma della mobilità sostenibile*, in *Diritto Amministrativo*, No. 3, 2020, p. 563 ff.

first positive aspect in a sustainability view is absolutely the optimisation of traffic flow, a decreased in emissions and a better approach to environmental crises.⁴¹

5. Reflections on the Joint Report 2022: a ‘twilight’ of the new UK regulation

Based on the foregoing, it is possible to distinguish two different ways to use vehicles which are authorised to have a ‘self-driving’ feature (ADS), at least in looking at prospective UK legislation. Whether or not the ADS can be deactivated, two different scenarios can be envisaged.

In the first case, if the ADS feature is engaged, because the user has deactivated the human driving function; the human driver is thus totally exempt from responsibility. By contrast, the second scenario occurs when the human being cannot, and does not want to interfere with the driving.

As to the latter, in force of the Report, there is a complex safety assurance scheme. More precisely, three main players may be defined: 1) the user in charge; 2) the NUIC operator, namely the organisation that oversees vehicles without a user in charge; 3) the Authorised Self-Driving Entity (or ASDE). The last one is the manufacturer or the developer “*that puts the vehicle forward for authorisation and takes responsibility for its actions*”.⁴² Irrespective of the demarcation line drawn by the ultimate legal framework, the Law Commissions recommend a cautious approach during this transitional phase from a human driver to a self-driving approach.

In analysing the ADS, it is possible to affirm that this framework encapsulates a recurrent ‘mantra’, that is an increasing and steady interaction between the human and the technological. As a result of this, it is taken for granted that the world of transportation hinges upon two modes. The user in charge and the NUIC operator may still represent the human world, whereas the vehicles, propelled by their technology, epitomise the synthetic one.

At this stage and in lack of Scholarly contributions, it is possible to affirm that there is a ‘human-centered design’ approach to automation,⁴³ in which the human element, or human factor, is still relevant and material. This stance is, perhaps, the lens through which all the concepts discussed in this paper should be analysed. In other words, the duty of candour could have two souls, a core human element, but also a prospective technological one, which is unfolding for the first time with the Joint Report and the legislation that, seemingly, will be passed in the UK.

Finally, for civil law jurisdictions such as the Italian one, the human perspective which is going to be borrowed by this new automated sector, as the UK is doing, should be an encouragement to develop a piece of legislation based on the human and its personality. Yet, Italy and other Continental counterparts do have constitutional principles that should – although this is not necessarily the case – facilitate this phenomenon. Irrespective of the

⁴¹ B.R. HEARD, M. TAIEBAT, M. XU, S.A. MILLER, *Sustainability implications of connected and autonomous vehicles for the food supply chain*, in *Resources, Conservation and Recycling*, No. 128, 2018, p. 22-24.

⁴² Joint Report paragraph 1.13(3).

⁴³ F. BIONDI, I. ALVAREZ, K-A. JEONG, *Human-Vehicle Cooperation in Automated Driving: A Multidisciplinary Review and Appraisal*, in *International Journal of Human-Computer Interaction*, online, p. 4.

‘chimeras’ of the Continent⁴⁴ across the Channel, once again, a new lecture is imparted to the neighbours, and perhaps to the world: a lecture of law, *ergo* a gust of wind of law.⁴⁵

⁴⁴ In this respect, ‘twilight’ is “the soft glowing light from the sky when the sun is below to the horizon”. In this chapter, the terms twilight alludes to the light from the sky between full night (*ergo*, the dearth of regulation in this matter) and the sunrise (that is to say, the ‘spell’ represented by the Joint Report of Law Commissions. However, also from a metaphorical point of view, ‘twilight’ has the face precede the day before the night, may also mean that the Report at stake will not be translated into legislation by the British Parliament. The darkness on this matter would inevitably ensue from the twilight.

⁴⁵ C. DELLA GIUSTINA, *La dialettica tra Governo e Parlamento durante la gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in D. CASANOVA, A. DE NICOLA, M.C. GHIRARDI, P. VILLASCHI, *Le fonti della crisi: prospettive di diritto comparato. Atti del Seminario di diritto comparato*, in *La Rivista del Gruppo di Pisa*, No. 3, 2022, p. 209 ff.

Ammortamento alla francese: criticità matematico-finanziarie e di ordine codicistico-regolamentare*

Marcello Condemi

*Avvocato, Professore Straordinario di Diritto dell'Economia
nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi"*

Abstract

The "French-style" depreciation system: technical-regulatory and financial-mathematical criticality profiles.

The issue concerning potential critical issues pertaining to the depreciation system on a straight-line basis (so called "French style") has recently jumped to the attention of the practitioners and scholars, relevant not only because of the sensitive issues of right underlying it, but also (and especially) because of the vast pool of users of said system, represented by lending banks and borrowing customers, the latter also well represented by companies and bodies often active in the field of infrastructure construction. The potential criticality profiles of the system in question invest multiple areas of law, involving both technical-regulatory profiles (which find their discipline in the TUB and the related implementing provisions issued by the Bank of Italy), both certain more Traditional institutions belonging to the general theory of civil law, such as nullity and voidability of contracts, damages, and even the general (and cross-cutting) notions of good faith and fair dealing. The subject matter, confirming the its wide area of interest, was lastly referred, pursuant to Article 363.bis cpc, to the consideration of the SS.UU.

Parole chiave: Ammortamento alla francese, ammortamento all'italiana, anatocismo, trasparenza delle operazioni, servizi bancari e finanziari.

Sommario: — 1 Caratteri contenutistici e matematico-finanziari del piano di ammortamento c.d. "alla francese" e del piano di ammortamento c.d. "all'italiana"; — 2. Il complesso rapporto esistente tra l'ammortamento c.d. "alla francese" e l'istituto dell'anatocismo; — 3. I profili di possibile non conformità normativa del piano di ammortamento c.d. "alla francese"; 3.1. Segue: in ordine ai possibili profili di non conformità alle regole di "trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari" e di "correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti"; 3.2. Segue: in ordine ai possibili profili di non conformità codicistica; 3.2.1. Segue: quanto al possibile profilo di nullità del contratto o di sue clausole; 3.2.2. Segue: quanto al possibile profilo di annullabilità; 3.2.3. Segue: quanto alla possibile violazione dei principi di correttezza e buona fede; — 4. L'ordinanza di "rinvio pregiudiziale" (ex art. 363-bis cpc) del Tribunale di Salerno del 19 luglio 2023; 4.1. Segue: la disposta ordinanza (ex art. 363-bis cpc) del Primo Presidente della Suprema Corte alle Sezioni Unite Civili; — 5. Conclusioni.

* Sottoposto a referaggio.

1. Caratteri contenutistici e matematico-finanziari del piano di ammortamento c.d. “alla francese” e del piano di ammortamento c.d. “all’italiana”

Con il termine “ammortamento alla francese” si indica una particolare tipologia di piano di ammortamento di un mutuo ovvero di un finanziamento concesso da istituti di credito, caratterizzato da una rata costante e da una composizione interna differenziata e dinamica, costituita da una quota gradualmente decrescente di interessi e gradualmente crescente di capitale, composizione, questa, che determina la composizione della prima rata quasi esclusivamente costituita dalla quota di interessi e dell’ultima quasi esclusivamente costituita da capitale. Tale tipologia di piano si differenzia dal piano di ammortamento c.d. “all’italiana” che, invece, prevede una rata non costante, costituita da una quota di capitale in misura costante, tanto per la prima rata quanto per l’ultima, nonché da una quota gradualmente decrescente di interessi.

La particolare articolazione del piano di “ammortamento alla francese” ha favorito il suo affermarsi pressoché egemonicamente rispetto alle altre varianti di ammortamento parimenti conosciute¹, e ciò non solo in ragione della sua, seppur apparente (come si dirà *amplius infra*), struttura lineare, ma, soprattutto, in ragione del vantaggio che tale piano offre all’istituto di credito, in caso di estinzione anticipata, parziale o totale, del mutuo, del prestito o del finanziamento, posto che il valore assoluto degli interessi da restituire è influenzato:

- dall’entità del capitale preso in prestito, con la conseguenza che, maggiore è il capitale erogato, maggiore sarà il valore assoluto degli interessi da calcolare;
- dalla durata del contratto, ragion per cui, a fronte di un arco temporale maggiore, il valore assoluto degli interessi sarà esso stesso maggiore.

Conseguentemente, laddove un soggetto dovesse estinguere anticipatamente parte del mutuo, e perciò si trovasse a dover restituire anticipatamente parte del capitale ottenuto in prestito, gli interessi che l’istituto di credito si vedrebbe riconoscere sarebbero inferiori a quelli che lo stesso avrebbe percepito ove il mutuatario non avesse anticipatamente estinto il mutuo, atteso che, per effetto della riduzione temporale di vigenza del contratto, il capitale su cui verrebbero calcolati gli interessi da corrispondere all’istituto mutuante sarebbe minore rispetto a quello contrattualmente previsto. Il minore incameramento di interessi riveniente dall’estinzione anticipata del finanziamento risulterebbe ancora più evidente qualora si prendesse in esame l’ipotesi dell’estinzione anticipata non più solo di parte del capitale erogato, bensì dell’intero. Tale minore introito risulterebbe tuttavia compensato, in misura minore e/o maggiore a seconda dell’arco temporale residuo di durata del mutuo, dalla messe di interessi, molto elevata, pagata dal mutuatario al mutuante, via via decrescente fino alla data di scadenza del contratto di mutuo. Di qui la ragione del successo della forma di pianificazione dell’ammortamento alla francese rispetto alla variante c.d. all’italiana”, attesa, quanto alla prima forma di ammortamento, la particolare composizione della rata rappresentata, come già ricordato, da una quota originariamente pressoché esclusiva di interessi, via via decrescente, a fronte di un graduale incremento della quota di capitale, tale da permettere, in caso di estinzione anticipata del mutuo, di compensare, sia pure in parte, la perdita di interessi, da parte dell’istituto mutuante.²

¹ Difatti, oltre alla già citata metodologia “all’italiana” – con riferimento alla quale la rata viene calcolata in base alla formula matematica $R_k = S/n * [1 + (n - k + 1) * S/n]$ – esistono altre forme di piano di ammortamento, quali, ad esempio, quella c.d. “alla tedesca”, che si differenzia dal modello “francese” esclusivamente in ragione di una prima rata composta esclusivamente da interessi e da un’ultima rata costituita esclusivamente da capitale – calcolata, questa, sulla base della formula matematica $R_k = (n - k) S/n * d + S/n$ - e anche quella definita “all’americana”, più articolata e complessa rispetto alle sue varianti europee, in cui la rata è costituita da una quota di interessi costante e da una quota di capitale, che, peraltro, non viene versata all’istituto di credito, bensì in piano di accumulo a cui è riconosciuto un tasso di interessi minore rispetto a quello del finanziamento, e che, allo scadere del periodo di ammortamento, viene integralmente restituita all’istituto di credito; l’ammortamento all’americana è calcolato sulla base della formula matematica $R = R_1 + R_2$ (dove $R_1 = I * k$ ed $R_2 = S + I * k$).

² “Nella formula di attualizzazione impiegata per definire l’importo della rata costante, e quindi della spettanza definita in contratto, al tasso convenzionale del 10%, nell’alternativa espressione delle formule del regime

2. Il complesso rapporto esistente tra l'ammortamento c.d. "alla francese" e l'istituto dell'anatocismo

Il metodo di pianificazione dell'ammortamento alla francese risulta essere, come detto, il più diffuso ed utilizzato nell'ambito dei contratti di mutuo; e ciò, non già in ragione della qualità ed affidabilità della metodologia di calcolo ad esso sottesa, bensì per i vantaggi, sopra sintetizzati, che il metodo riconosce agli istituti di credito.

Tale metodo, lungi dall'essere costruito su un modello matematico esente da imperfezioni,³ potrebbe tuttavia presentare, in taluni casi, punti di contatto con il fenomeno dell'anatocismo (*id est*: la presenza di forme di anatocismo), in conseguenza dell'applicazione in tale metodo dell'"interesse composto", vale a dire di un sistema di capitalizzazione degli interessi non solo sul capitale bensì anche sugli interessi già maturati con riferimento al medesimo capitale, applicazione che, all'inizio, comporta scostamenti (in termini aggiuntivi di calcolo degli interessi) di trascurabile entità rispetto al sistema di capitalizzazione dell'"interesse semplice" (che prevede la produzione di interessi in riferimento al solo capitale), ma che nel prosieguo, trattandosi di un sistema di crescita a progressione geometrica, determina (in termini aggiuntivi di calcolo degli interessi) divergenze di notevole rilievo rispetto al sistema di capitalizzazione semplice, caratterizzato, all'opposto, da una crescita lineare a progressione matematica.⁴

*composto e del regime semplice: (regime composto) (regime semplice) $R = C/\sum_{i=1}^n (1+i)^{-i}$ 402,1 = 1.000/ $\sum_{i=1}^n (1+10\%)^{-i}$ $R' = C/\sum_{i=1}^n (1+k \times i)^{-i}$ 398,1 = 1.000/ $\sum_{i=1}^n (1+k \times 10\%)^{-i}$ corrisponde una diversa spettanza: $I = Cx\{n/[1 - 1/(i \times (1+i)^3)] - 1\} = 206,3 > I' = Cx\{n/(\sum_{i=1}^n (1/(1+3 \times i)) - 1)\} = 194,4$ Il fattore di attualizzazione $[R \times \sum_{i=1}^n (1+i)^{-i} = C]$, impiegato nella determinazione della rata (R), non è altro che l'inverso del fattore di capitalizzazione. Questo implica che il tasso convenzionale (i), nel produrre gli interessi giorno per giorno, dopo il primo periodo, viene commisurato al montante, cioè a dire, oltre che 'in ragione della durata del diritto' (obbligazione principale), anche in ragione della durata degli interessi maturati nelle precedenti scadenze $[(1+i)^n = (1+i) \times (1+i) \times \dots \times (1+i)]$, da cui: $i \times i \times \dots \times i$ che, nella determinazione della rata, risultano pertanto in parte capitalizzati; di riflesso, il valore della rata, e della spettanza inclusa, risultano maggiorati, pregiudicando la menzionata equivalenza intertemporale che presiede il rapporto fra capitale a pronti e capitale a termine, informata alla proporzionalità del tasso" (cit. R. MARCELLI, *Le criticità dell'ammortamento alla francese. il ruolo nevralgico dei rimborsi del capitale*, in *www.assoctu.it.*, 2023).*

³ Sul tema cfr. *Ibidem*.

⁴ A titolo esemplificativo è possibile mettere a confronto il rendimento assoluto, e percentuale, di un investimento decennale di un capitale di 100.000 euro, che prevede un tasso di rendimento del 10% annuo, a seconda che si prenda in considerazione un sistema di capitalizzazione semplice o composta. Nel primo caso, maturando per ciascun anno interessi in misura del 10% sul capitale investito, si avrà un ritorno di 10.000 euro annui, per un totale di complessivi 100.000 euro alla fine del decennio, e perciò ad un ritorno del 100% sull'investimento originario. Con la capitalizzazione composta, invece, per il primo anno, si avrà, come nel caso della capitalizzazione semplice, un ritorno del 10% (10.000 euro in valore assoluto), ma già a partire dal secondo anno il 10% di interessi non verrà più calcolato sui 100.000 euro originari di capitale, bensì su 110.000 euro determinati dalla somma del capitale e degli interessi prodottisi l'anno precedente, comportando, in tal modo, un ritorno rispetto al capitale originario di 100.000 euro, non più del 10% come dall'applicazione del sistema di capitalizzazione semplice, bensì dell'11% (11.000 euro). Trattandosi di un sistema di calcolo a crescita esponenziale, nel secondo anno di applicazione si osserverà, rispetto all'applicazione del sistema di capitalizzazione semplice, una differenza soltanto dell'1%, ma, alla fine del decennio, il ritorno sull'investimento sarà non più di 100.000 euro, bensì di 159.374 euro, vale a dire quasi il 160% del capitale. In conclusione, nello stesso arco di tempo, il regime di capitalizzazione composta avrà maturato 59.374 euro, vale a dire il 59,37%, in più rispetto al regime di capitalizzazione semplice. Approfondendo la tematica, R. MARCELLI, *op. cit.*, offre un ulteriore profilo di indagine, nel momento in cui dichiara che "Sul piano prettamente matematico, con l'impiego del regime composto, la determinazione della rata e della spettanza degli interessi inclusa sono informate al $TAN = TAE$, tasso distinto e più basso del corrispondente TAN del regime semplice, per la presenza, nell' algoritmo di calcolo, di interessi secondari. Per il TAE convenuto, diversamente dal tasso proporzionale dell'art. 1284 c.c., rileva esclusivamente l'importo della rata pattuita, mentre rimane matematicamente indifferente quanto della stessa sia rivolto a rimborso del capitale e quanto a pagamento degli interessi. Pertanto, diversamente dal regime semplice, con il regime composto – accanto alla combinazione di imputazioni a rimborso del capitale e corresponsione degli interessi espresse nell'equivalenza intertemporale di pattuizione della rata - nell'adempimento si rendono libere infinite altre composizioni coerenti con il TAE pattuito. In tal modo, con l'impiego del regime composto, i rimborsi che integrano l'obbligazione principale vengono sottratti alla pattuizione, assumendo la veste di variabili dipendenti, determinate in via residuale dal valore della rata pattuita, in funzione del criterio di imputazione degli interessi adottato. (...) In matematica finanziaria, con

Laddove ciò accada, il Legislatore, a scopo di tutela del risparmiatore, prevede, attraverso l'art. 1283 c.c., che *“In mancanza di usi contrari, gli interessi scaduti possono produrre interessi solo dal giorno della domanda giudiziale o per effetto di convenzione posteriore alla loro scadenza, e sempre che si tratti di interessi dovuti almeno per sei mesi”*; “usi contrari” questi che, secondo quanto finora riscontrato nella pratica e come chiarito dalla Suprema Corte, avendo natura meramente negoziale (e non già, come richiesto, normativa), non avrebbero forza giuridica per derogare a quanto prescritto dall'art. 1283 c.c. [*“L'uso di annotare con cadenza trimestrale gli interessi a debito del correntista (id est: la capitalizzazione anatocistica degli interessi) è un uso meramente negoziale e non normativo e, come tale, risulta inidoneo a derogare al disposto dell'art. 1283 c.c.”*⁵].

Di qui l'interrogativo se, ed eventualmente in quale misura, l'applicazione del piano di ammortamento alla francese, ove preveda la modalità di calcolo dell'interesse composto e da tale calcolo emerga la sussistenza di un fenomeno anatocistico, risulti conforme al disposto di cui all'art. 1283 c.c. e, più in generale, alla normativa contrattuale e regolamentare vigente.

A tale riguardo va segnalato che, se, da un lato, si ha traccia di un orientamento (finora) granitico, tanto della giurisprudenza di merito⁶ quanto della giurisprudenza di legittimità,⁷ che

il regime composto non si pone alcuna distinzione fra maturazione e pagamento, che si riflette nella irrilevanza della composizione della rata, visto che gli interessi maturati e non corrisposti divengono capitale: ciò che rileva per il TAE pattuito è l'importo della rata, non la sua composizione”.

⁵ Cit. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 4 novembre 2004 n. 21095. La capitalizzazione infra-annuale degli interessi (*id est* trimestrale) costituisce una metodologia di capitalizzazione composta, atteso che il calcolo degli interessi passivi maturati nel corso di un trimestre viene effettuato tenendo conto non solo del capitale maturato nel corso del trimestre passato, ma anche degli interessi maturati nel medesimo periodo. Ove si consideri infatti un capitale iniziale di €100.000 e l'applicazione di un tasso d'interesse annuo pari al 10%, il tasso di interesse trimestrale ammonterebbe al 2,5%, mentre, in applicazione del regime di capitalizzazione composta degli interessi, si avrebbe la seguente progressione: 1° trimestre €2.500; 2° trimestre €5.062; 3° trimestre €7.689; 4° trimestre €10.381. In altre parole, il tasso annuo effettivo sarebbe, non più pari al 10%, bensì al 10,38%.

⁶ A titolo puramente esemplificativo e lungi dall'essere esaustivi, è possibile citare, *ex plurimis*, la sentenza della Corte d'Appello di Napoli, sez. III, 19 febbraio 2020 n. 772, ai sensi della quale *“In tema di contratto di mutuo, la previsione di un piano di rimborso del finanziamento con una rata fissa costante (c.d. ammortamento alla francese) non comporta alcuna violazione dell'art. 1283 c.c. poiché gli interessi di periodo vengono calcolati sul solo capitale residuo e alla scadenza della rata gli interessi maturati non vengono capitalizzati, ma sono pagati come quota interessi della rata di rimborso”*; la sentenza del Tribunale di Roma, sez. XVII, 18 gennaio 2021 n. 868, in base alla quale *“In tema di mutuo con ammortamento alla francese, va applicato l'art. 1194 c.c. - che disciplina l'imputazione dei pagamenti (fra capitale e interessi) e che consente qualsiasi opzione, a condizione che vi sia il consenso delle parti; in realtà, il piano di ammortamento alla francese non determina poi un effetto anatocistico, in quanto gli interessi corrispettivi non scadono né vengono capitalizzati”*; la sentenza del Tribunale di Tivoli, 10 gennaio 2023, n. 4, in cui si dichiara che *“In un contratto di mutuo, gli interessi vengono calcolati solo sulla quota capitale, che è via via decrescente per singola rata. Pertanto, il piano di ammortamento alla francese non comporta alcuna violazione del divieto di anatocismo, giacché gli interessi della rata successiva sono anch'essi determinati solo sulla quota capitale residua e solo per il tempo intercorrente tra la rata precedente e quella in pagamento”*; la sentenza del Tribunale di Pordenone, 6 febbraio 2023 n. 118, nella quale si afferma che *“Non vi è alcun fenomeno anatocistico nel piano di ammortamento alla francese ed è da escludere che possa esservi interesse anatocistico se per le singole rate gli interessi contrattuali sono calcolati sul solo capitale residuo al netto delle rate già scadute, in quanto alla scadenza di ogni rata gli interessi maturati non sono capitalizzati, ma rappresentano semplicemente la quota interessi di cui è composta la rata”*.

⁷ A titolo puramente esemplificativo e lungi dall'essere esaustivi, è possibile citare, *ex plurimis*, la sentenza della Corte di Cassazione civile, 19 maggio 2022 n. 16221, nella quale si precisa che *“Inammissibile è anche questo secondo motivo nel quale parte ricorrente insiste nel dolersi della apparenza e perplessità della motivazione della sentenza impugnata in modo del tutto generico, senza confrontarsi con quanto motivato dalla Corte al riguardo, ma limitandosi a dedurre in modo assertivo che «l'ammortamento alla francese comporta l'anatocismo vietato dall'art. 1283 c.c., poiché ad ogni scadenza gli interessi maturati verrebbero, di fatto, dapprima addebitati al capitale e poi pagati dalla quota contenuta nella rata, facendo in modo che gli stessi interessi continuino a partecipare al computo degli interessi successivi proprio perché vengono capitalizzati”* ovvero la sentenza della Corte di Cassazione civile, 15 maggio 2023 n. 13144, nella quale si precisa che *“non può ritenersi sufficientemente specifica la censura sollevata denunciando soltanto, e del tutto astrattamente, la pretesa realizzazione, mediante l'utilizzo del sistema di ammortamento cd. “alla francese”, di un risultato anatocistico, senza che tale asserzione*

afferma, in linea generale ed astratta, la non contrarietà del sistema di pianificazione dell'ammortamento alla francese al dettato codicistico, dall'altro, emerge, facendosi sempre più strada, un diverso orientamento secondo cui la predetta generale ed astratta compatibilità del menzionato sistema di pianificazione con il tracciato codicistico non esclude, a priori e a determinate circostanze, che possano sussistere, all'interno di specifici piani di ammortamento alla francese, criticità legate alle modalità di restituzione del capitale e degli interessi.

È dato segnalare, infatti, un numero sempre crescente di pronunce giurisprudenziali, sino ad ora di merito, che individuano, concretamente, alcune criticità riscontrabili nella metodologia di applicazione dell'ammortamento di che trattasi,⁸ tra le quali spicca, per rilevanza ed interesse, la sentenza della Corte d'Appello di Bari, sez. II, del 13 gennaio 2023 n. 28, la quale - nell'affermare che *“In particolare, è stata posta l'attenzione sul criterio di calcolo dell'interesse, dovendosi opportunamente distinguere tra - capitalizzazione semplice e capitalizzazione composta: laddove per la quantificazione dell'interesse complessivo — da suddividere poi in quote decrescenti per ciascun rateo mensile - si adotta la formula di matematica finanziaria della capitalizzazione semplice, si ottiene una determinata quota interessi per rata, e, quindi, una corrispondente rata mensile fissa, mentre, applicando la formula di matematica finanziaria della capitalizzazione composta, il risultato è affatto differente e la quota di interessi per rata (e, conseguentemente, la rata fissa) aumentano significativamente. Poiché il tasso di interesse indicato in contratto (e, quindi, oggetto di convenzione) ed inserito nelle diverse formule matematiche non cambia, ciò che altera il risultato (la rata da pagare mensilmente) è la diversa formula di matematica finanziaria applicata. (...) Ciò significa che non è sufficiente affermare che l'adozione del c.d. ammortamento alla francese non comporti, per le modalità di restituzione, l'applicazione di interessi anatocistici, ma occorre indagare quale sia stata la formula matematica per quantificare l'interesse e, soprattutto, se tale formula sia stata esplicitata nel contratto”* - ricollega l'applicazione di un sistema di capitalizzazione composta sugli interessi non alla natura e alle modalità tecnico-finanziarie sottese all'ammortamento alla francese, negando, così, che sussista in tale modello una forma di anatocismo *in re ipsa*, quanto, piuttosto, alla formula matematico-finanziaria utilizzata nella predisposizione del piano di restituzione di capitale ed interessi.⁹

Di qui la ravvisabilità nei piani di ammortamento c.d. “alla francese” – con riguardo ai casi in cui si utilizzino particolari formule matematico-finanziarie nella predisposizione del piano di restituzione di capitale ed interessi che alterino (*in pejus*) la misura degli oneri finanziari contrattualmente previsti – di molteplici profili di non conformità, tanto di ordine regolamentare, sia primario che secondario, dei quali si farà in primo luogo menzione quali rilevanti parametri normativi anche ai fini dell'emersione di possibili criticità di rilevanza civilistica, quanto di ordine prettamente codicistico (su cui cfr., *amplius, infra*).

sia accompagnata da specifiche deduzioni ed argomentazioni volte a dimostrare l'avvenuta concreta produzione, nella specie, di un tale risultato”.

⁸ “Tribunale di Napoli del 2/05/23, Tribunale di Teramo n. 364 del 14/04/23, Tribunale di Prato n. 243 del 11/04/23, Corte d'Appello di Bari n. 28 del 13/01/23, Tribunale di Napoli n. 10148 del 15/11/22, Tribunale di Napoli n. 1630 del 12/11/22, Tribunale di Torre Annunziata n. 3268 del 10/10/22, Tribunale di Taranto, A. Attanasio n. 796/22, Tribunale di Vicenza, F. Lamagna, 01/02/22, Tribunale di Cremona n. 8/22, 201/19, n. 221/19 e n. 227/19, Tribunale di Roma n. 2188/21, Tribunale della Spezia n. 739/21, Tribunale di Nola 09/12/21, Tribunale di Lecce. P. Errede, 15/11/21, Ord. Trib. Terni, 08/08/21, Tribunale di Pesaro n. 739/21, Tribunale di Larino del 13/09/21, Tribunale di Viterbo n. 733/2021, Tribunale di Brindisi n. 709/21, Corte d'Appello di Bari n. 1890/20 del 3/11/20, Corte d'Appello di Genova n. 410/20, Tribunale di Campobasso n. 156/22 e 528/20, Corte d'Appello di Campobasso n. 412/19, Tribunale di Roma del 29/05/19, Tribunale di Massa n. 90/2020, 7/2/19 e 13/11/18, Tribunale di Lucca n. 476/20 e n. 763/18 e Tribunale di Napoli n. 4102/20 e n. 1558/18. In precedenza, cfr. Trib. Bari, Sez. Rutigliano 29/10/08; Trib. Larino, Sez. Termoli n. 119/12; Trib. Ferrara 5/12/13; Trib. Isernia 28/7/014” (cit. R. MARCELLI, *op. cit.*).

⁹ Sul punto cfr. *Ibidem*.

3. I profili di possibile non conformità normativa del piano di ammortamento c.d. “alla francese”

3.1. Segue: in ordine ai possibili profili di non conformità alle regole di “trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari” e di “correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”

Laddove, quindi, il piano di ammortamento alla francese dovesse comportare, attraverso l'applicazione di particolari formule matematico-finanziarie, l'applicazione di oneri maggiori rispetto a quelli pattuiti (id est: un tasso di interesse diverso da quello dichiarato al cliente), sia in sede precontrattuale sia in sede contrattuale, esso finirà per rilevare – oltre che in termini di (possibile e, comunque, da dimostrare) non conformità con il dettato dell'art. 1283 c.c. - sul piano della corretta applicazione della specifica normativa di settore, e, segnatamente, del Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia (T.U.B.) e delle correlate disposizioni applicativo-regolamentari emanate dalla Banca d'Italia.

Con riferimento al Testo Unico, rilevano l'art. 116, commi 1 e 1-bis, secondo cui, rispettivamente, “1. *Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti in modo chiaro ai clienti i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti, ivi compresi gli interessi di mora e le valute applicate per l'imputazione degli interessi. Per le operazioni di finanziamento, comunque denominate, è pubblicizzato il tasso effettivo globale medio previsto dall'articolo 2, commi 1 e 2, della legge 7 marzo 1996, n. 108. Non può essere fatto rinvio agli usi.*”, e, altresì, “1-bis. *Le banche e gli intermediari finanziari rendono noti gli indicatori che assicurano la trasparenza informativa alla clientela, quali l'indicatore sintetico di costo e il profilo dell'utente, anche attraverso gli sportelli automatici e gli strumenti di accesso tramite internet ai servizi bancari*”; nonché l'art. 117, commi 4 e 7, a tenore dei quali, rispettivamente, “4. *I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora. (...)*” e, altresì, “7. *In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6, si applicano: a) il tasso nominale minimo e quello massimo, rispettivamente per le operazioni attive e per quelle passive, dei buoni ordinari del tesoro annuali o di altri titoli similari eventualmente indicati dal Ministro dell'economia e delle finanze, emessi nei dodici mesi precedenti la conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, emessi nei dodici mesi precedenti lo svolgimento dell'operazione; b) gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto*”.

Ai sensi dell'art. 116, infatti, l'aver dichiarato un tasso d'interesse diverso da quello effettivamente applicato, non solo fa sì che la comunicazione non sia stata resa, come richiesto dal comma 1, “*in modo chiaro ai clienti (circa) i tassi di interesse, i prezzi e le altre condizioni economiche relative alle operazioni e ai servizi offerti*”, ma confligge anche con l'esigenza di assicurare “*trasparenza informativa alla clientela*”; modificando, a titolo d'esempio, “*l'indicatore sintetico di costo*” - vale a dire “*l'indice del costo complessivo di un finanziamento. Sinonimo di Taeg*”¹⁰ - a cui fa espresso riferimento il comma 1-bis dell'art. 116,

¹⁰ Cfr., in Banca d'Italia, glossario, le seguenti definizioni.: “T.A.E.G. (Tasso annuale effettivo globale) Il TAEG rappresenta lo strumento principale di trasparenza nei contratti di credito al consumo. È un indice armonizzato a livello comunitario che nelle operazioni di credito al consumo rappresenta il costo totale del credito a carico del consumatore, comprensivo degli interessi e di tutti gli altri oneri da sostenere per l'utilizzazione del credito stesso. Il TAEG è espresso in percentuale del credito concesso e su base annua. Deve essere indicato nella documentazione contrattuale e nei messaggi pubblicitari o nelle offerte comunque formulate. T.A.N. (Tasso annuo nominale) Il TAN indica il tasso d'interesse (ossia il prezzo), in percentuale e su base annua, richiesto da un creditore sull'erogazione di un finanziamento. A differenza del TAEG (vedi) non esprime il “costo complessivo” del finanziamento che può essere anche molto più alto (ad esempio, per spese, oneri e commissioni accessorie).

tale indicatore, in conseguenza dell'applicazione di un modello di capitalizzazione composta in luogo di quello semplice, risulterà inevitabilmente più elevato rispetto a quanto dichiarato.

Per quel che concerne, invece, il disposto dell'art. 117, la sua violazione è resa evidente sia dalla già menzionata sentenza della Corte d'Appello di Bari n. 28 del 2023 - in cui si afferma che *“Tenuto conto della previsione normativa dell'art. 117, co. 4 TUB, secondo cui «i contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora», la mancata esplicitazione del criterio di capitalizzazione composta di interessi superiori al tasso legale, comporta la applicazione del criterio sostitutivo di cui al comma 7 del medesimo art. 117 TUB”* - sia dalla sentenza della Corte d'Appello di Bari, sez. II, 7 maggio 2021 n. 866, secondo cui *“È evidente che se viene indicato nel contratto di mutuo (o di finanziamento) il tasso, la scadenza, l'importo del finanziamento iniziale e della rata costante, ma il tasso effettivamente applicato è superiore a quello indicato in conseguenza del meccanismo descritto nell'ammortamento a rate costanti (alla francese), si verifica una fattispecie di maggiorazione del tasso d'interesse rispetto a quello nominale pattuito; maggiorazione celata al mutuatario, che solitamente non è in grado di desumere il tasso d'interesse effettivamente applicato dal piano di ammortamento, atteso che non è esperto di matematica finanziaria. In tale modo viene dichiarata nella parte comprensibile del contratto un tasso minore di quello successivamente esplicitato numericamente nel piano di ammortamento”*.

Le medesime argomentazioni possono essere utilizzate con riferimento alla disciplina regolamentare emanata dalla Banca d'Italia e, segnatamente, con riferimento al punto 3, comma 1, della Sezione III del Provvedimento della Banca d'Italia del 29 settembre 2009 in materia di *“Trasparenza delle operazioni e dei servizi bancari e finanziari correttezza delle relazioni tra intermediari e clienti”*, ai sensi del quale *“I contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali oneri di mora. Sono indicate, oltre alle commissioni spettanti all'intermediario, le voci di spesa a carico del cliente, ivi comprese le spese relative alle comunicazioni di cui alla sezione IV (Comunicazioni alla clientela). Il contratto riporta tutte le condizioni applicate, incluse le condizioni generali di contratto”*¹¹; disposizioni, queste, che, anche alla luce di quanto affermato dalla Corte d'Appello di Bari con la citata sentenza n. 866 del 2021, risultano essere violate laddove nei contratti venga indicato un tasso differente da quanto effettivamente applicato.

3.2. Segue: in ordine ai profili di possibile non conformità codicistica

Spostando ora l'attenzione sul versante codicistico, occorre segnalare che, anche in tale prospettiva, qualora venisse rilevata l'applicazione di un tasso di interesse differente rispetto a

Pertanto un prestito con TAN pari a zero potrebbe avere un TAEG ben maggiore di zero. T.E.G.M. (Tasso Effettivo Globale Medio) ai sensi della L. 108/96 (antiusura) Il Tasso Effettivo Globale Medio costituisce il parametro per determinare il “tasso soglia” oltre il quale gli interessi su un prestito sono considerati usurari, da chiunque siano applicati. Esso rappresenta il valore medio dei tassi applicati dalle banche e dagli intermediari creditizi regolamentati (comprensivi di commissioni, di remunerazioni a qualsiasi titolo e spese, escluse imposte e tasse). I TEGM sono rilevati dalla Banca d'Italia trimestralmente per categorie omogenee di finanziamenti (ad es: aperture di credito, credito personale, mutui...), su delega del Ministero dell'Economia e delle Finanze (MEF). I valori risultanti dalla rilevazione, corretti in base alle eventuali variazioni dei tassi ufficiali successive al trimestre di riferimento, e le soglie sono pubblicati nella Gazzetta Ufficiale dal MEF, che li rende disponibili anche nel proprio sito. Le banche e gli intermediari creditizi sono tenuti a pubblicizzare i TEGM nei locali aperti al pubblico”.

¹¹ La disposizione in esame applica quanto previsto dalla Delibera del Comitato Interministeriale per il Credito ed il Risparmio del 4 marzo 2003, n. 286, il cui art. 9, comma 2, dispone che *“La Banca d'Italia individua le operazioni e i servizi per i quali, in ragione delle caratteristiche tecniche, gli intermediari sono obbligati a rendere noto un «Indicatore Sintetico di Costo» (ISC) comprensivo degli interessi e degli oneri che concorrono a determinare il costo effettivo dell'operazione per il cliente, secondo la formula stabilita dalla Banca d'Italia medesima”*.

quello pattuito in sede contrattuale, sarebbe possibile intravedere l'emersione di violazioni normative riconducibili alle macro aree tematiche:

- della nullità del contratto o di sue clausole;
- dell'annullabilità del contratto;
- del rispetto dei principi di correttezza e buona fede.

3.2.1. Segue: quanto al possibile profilo di nullità del contratto o di sue clausole

Assumono rilievo, a tale riguardo, le disposizioni contenute nell'art. 1418, commi 1 e 2, c.c., le quali sanciscono, rispettivamente, che "1. *Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente. 2.*" e che "*Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'art. 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'art. 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'art. 1346*".

Orbene, la violazione degli artt. 116 e 117 del T.U.B., avendo questi natura imperativa, produce, ex art. 1418, comma 1, c.c., la nullità, *in parte qua*, del contratto.

Con riguardo invece al disposto dell'art. 1418, comma 2, c.c., rileva, il disposto dell'art. 1325 c.c. e, segnatamente, l'assenza del requisito dell'"*accordo delle parti (...)*", essendosi questo perfezionato con riferimento ad un tasso di interesse diverso da quello poi realmente indicato e applicato. Come affermato dalla più volte menzionata sentenza della Corte d'Appello di Bari n. 866/2021, laddove il piano di ammortamento finisca per applicare, diversamente da quanto pattuito, un diverso tasso di interesse, ciò si pone in contraddizione con quanto "*(...) dichiarat(o) nella parte comprensibile del contratto (in cui è invece precisato) un tasso minore di quello successivamente esplicitato numericamente nel piano di ammortamento. Pertanto, tale maggiorazione è illegittima, perché non concordata*".

La valenza delle citate ipotesi di nullità, tuttavia, non è tale da travolgere l'intero impianto contrattuale, posto che, ai sensi dell'art. 1419, comma 1, c.c. la nullità si estende all'intero contratto solo "*(...) se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità*", condizione questa peraltro esclusa dal combinato disposto dell'art. 1419, comma 2, c.c. e dell'art. 117, comma 7, del T.U.B., ai sensi del quale "*La nullità di singole clausole non importa la nullità del contratto, quando le clausole nulle sono sostituite di diritto da (una) norm(a) imperativ(a)*", che, nella specie, è rappresentata dall'art. 117, comma 7, del T.U.B., la quale circoscrive l'ipotesi di nullità alla sola clausola relativa alla determinazione del tasso d'interesse (c.d. nullità parziale) sostituendola *ex lege* con quella più favorevole per il cliente, che è, poi, quella realmente convenuta tra le parti. Dispone, infatti, l'art. 117, comma 7, del T.U.B. che "*7. In caso di inosservanza del comma 4 e nelle ipotesi di nullità indicate nel comma 6 [«6. Sono nulle e si considerano non apposte le clausole contrattuali di rinvio agli usi per la determinazione dei tassi di interesse e di ogni altro prezzo e condizione praticati nonché quelle che prevedono tassi, prezzi e condizioni più sfavorevoli per i clienti di quelli pubblicizzati»], si applicano: (...)* b) *gli altri prezzi e condizioni pubblicizzati per le corrispondenti categorie di operazioni e servizi al momento della conclusione del contratto o, se più favorevoli per il cliente, al momento in cui l'operazione è effettuata o il servizio viene reso; in mancanza di pubblicità nulla è dovuto*".

Avuto presente il parametro normativo rappresentato dall'art. 1346 c.c., secondo cui "*L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile*", un possibile elemento di criticità sorgerebbe anche in relazione al profilo della indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto: muovendosi, infatti, lungo la linea argomentativa individuata dalla sentenza n. 866 del 2021 che riscontra nelle ipotesi di che trattasi l'applicazione di una "*maggiorazione del tasso d'interesse rispetto a quello nominale pattuito*", per di più "*celata al mutuatario*", è ragionevole poter ritenere che ciò generi, più che una condizione di indeterminatezza dell'oggetto, una condizione di indeterminabilità, posto che, sempre in base alla sentenza

appena richiamata, il cliente *“solitamente non è in grado di desumere il tasso d’interesse effettivamente applicato dal piano di ammortamento, atteso che non è esperto di matematica finanziaria”* e la circostanza *“che coesistano due differenti tassi, determina un’assoluta incertezza su quale dei due tassi convenuti sia effettivamente quello convenuto ed applicabile”*. Tale ricostruzione trova ulteriore conferma nelle argomentazioni contenute nella sentenza della Corte di Cassazione civile, sez. III, del 6 marzo 2019 n. 16097, in cui si precisa che *“ciò che importa, onde ritenere sussistente il requisito della determinabilità dell’oggetto del contratto di cui all’art. 1346 cod. civ., è che il tasso d’interesse sia desumibile dal contratto, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all’istituto mutuante, anche quando individuato per relationem: in quest’ultimo caso, mediante rinvio a dati che siano conoscibili a priori e siano dettati per eseguire un calcolo matematico il cui criterio risulti con esattezza dallo stesso contratto. I dati ed il criterio di calcolo devono perciò essere facilmente individuabili in base a quanto previsto dalla clausola contrattuale”*.

3.2.2. Segue: quanto al possibile profilo di annullabilità

Sotto altro profilo, potrebbero rilevare i disposti dell’art. 1427 c.c., a tenore del quale *“Il contraente, il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l’annullamento del contratto”*, e dell’art. 1439 c.c., secondo cui *“Il dolo è causa di annullamento del contratto quando i raggiri usati da uno dei contraenti sono stati tali che, senza di essi, l’altra parte non avrebbe contrattato”*.

Il termine “raggiri” contenuto nell’art. 1439 c.c. non deve, tuttavia, indurre a ritenere configurabile il dolo nel solo caso in cui l’istituto mutuante abbia posto in essere atti o tenuto atteggiamenti idonei ad ingenerare in capo al mutuatario la falsa rappresentazione delle condizioni contrattuali, posto che, la giurisprudenza, ormai da tempo, ha chiarito che è sufficiente ad integrare l’ipotesi del dolo la sola presenza di atteggiamenti semplicemente omissivi da parte del soggetto più informato. Rileva a tale riguardo, *ex plurimis*, quanto statuito dal Tribunale di Tivoli con la sentenza datata 25 luglio 2007 (i cui estremi non sono, purtroppo, reperibili sulle principali banche dati), la quale precisa che *“Le false od omesse indicazioni di fatti la cui conoscenza è indispensabile alla controparte per una corretta formazione della sua volontà contrattuale possono comportare l’annullamento del contratto per dolo, nel caso in cui la controparte, qualora fosse stata a conoscenza delle circostanze maliziosamente taciute, non avrebbe concluso il contratto”* e, anche, quanto statuito dal Tribunale di Milano, sez. V, sentenza del 22 luglio 2021 n. 6381, in cui si afferma che *“In materia contrattuale, nel caso di dolo quale causa di annullamento del contratto, sia nella ipotesi di dolo commissivo che in quella di dolo omissivo, gli artifici o i raggiri, la reticenza o il silenzio devono essere valutati in relazione alle particolari circostanze di fatto ed alle qualità e condizioni soggettive dell’altra parte, al fine di stabilire se erano idonei a sorprendere una persona di normale diligenza, giacché l’affidamento non può ricevere tutela giuridica se fondato sulla negligenza”*.

Alla luce di quanto fin qui rappresentato, emergono, con riguardo al quadro delle invalidità fin qui rappresentate, elementi di rilevante differenza tra le ipotesi di nullità ex artt. 1427 e 1439 c.c. e le ipotesi di annullabilità del contratto: per queste ultime, infatti, non pare sia possibile parlare di un automatismo applicativo del combinato disposto degli artt. 1427 e 1439 c.c., posta la rilevanza non solo del dato oggettivo, ossia la disparità informativa usata da una delle parti, per proprio tornaconto, in danno della controparte, ma anche del dato soggettivo riguardante il contraente debole (meno informato), traducibile nel fatto che questi non avrebbe (o potrebbe non avere) concluso il contratto qualora fosse stato reso edotto circa l’elemento oggetto della condotta dolosa da parte del contraente forte (più informato). Non è invero da escludere che il soggetto debole avrebbe potuto comunque decidere di addivenire alla conclusione del contratto, seppur in presenza di un tasso di interesse maggiore rispetto a quello dichiarato.

Tuttavia, anche qualora non si giungesse all’annullamento del contratto, il contraente che versava in condizione di dolo non sarebbe comunque esente da responsabilità, posto che, come

evidenziato dalla sentenza della Corte di Cassazione civile, sez. II, 5 febbraio 2007 n. 2479, “*Le false o omesse indicazioni di fatti la cui conoscenza è indispensabile alla controparte per una corretta formazione della sua volontà contrattuale, possono comportare l’annullamento del contratto per dolo, nel caso in cui la controparte, qualora fosse stata a conoscenza delle circostanze maliziosamente taciute, non avrebbe concluso il contratto, o possono comportare l’obbligo per il contraente mendace o reticente di risarcire il danno, ove la controparte si sarebbe comunque determinata a concludere l’affare ma a condizioni diverse*”.

3.2.3. Segue: quanto alla possibile violazione dei principi di correttezza e buona fede

Sotto altro, ulteriore profilo, la condotta sopra descritta, potrebbe rilevare con riguardo al macro-tema della violazione dei principi di correttezza e buona fede, potendosi tali comportamenti inquadrare ai confini del dolo contrattuale, atteso che le parti debbono obbligatoriamente informare i propri rapporti contrattuali conformemente agli artt. 1175 e 1375 c.c., ai sensi dei quali, rispettivamente “*Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza*” e “*Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede*”; comportamenti questi che, ove non conformi a tali principi, legittimano la parte lesa:

- a) a poter contestare l’inadempimento contrattuale e la conseguente risoluzione del contratto;
- b) a poter richiedere, in alternativa all’ipotesi sub a), il risarcimento del danno per inadempimento.

Invero, per quanto concerne il primo profilo, a fronte delle rappresentate violazioni, appare ragionevole l’applicazione dell’art. 1453 c.c., ai sensi del quale “*Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l’altro può a sua scelta chiedere l’adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno*” e ciò in quanto, in base ad un consolidato orientamento del Giudice di legittimità, la violazione dei citati obblighi comportamentali “*costituisce di per sé inadempimento e genera responsabilità contrattuale, senza che sia necessario il proposito doloso di recare pregiudizio alla controparte*”,¹² orientamento questo, ascrivibile anch’esso al Giudice di legittimità, secondo cui “*la violazione del dovere di buona fede nella esecuzione del contratto (art. 1375 c.c.) bene può integrare diretta violazione degli obblighi contrattualmente assunti*”.¹³ La parte lesa, in aggiunta, ai sensi dell’art. 1460, comma 1, c.c., secondo cui “*Nei contratti con prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l’altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l’adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto*”, non solo potrebbe chiedere la risoluzione del contratto, ma potrebbe, nelle more del giudizio di risoluzione, non eseguire la propria prestazione, essendosi l’istituto di credito, in violazione dei principi di buona fede e correttezza, reso inadempiente. Né a tale riguardo potrebbe escludersi il legittimo rifiuto, in capo alla parte lesa, di effettuare la controprestazione prevista dall’art. 1460, comma 2, c.c., disponendo esso, infatti, che “*non può rifiutarsi l’esecuzione se, avuto riguardo alle circostanze, il rifiuto è contrario alla buona fede*”. Per ciò che concerne, invece, il profilo risarcitorio, avendo l’istituto di credito violato i principi di correttezza e buona fede, la parte lesa potrebbe essere anche legittimata a far accertare tale violazione e a richiedere il risarcimento del danno. Tale forma di responsabilità è espressamente riconosciuta dalla Suprema Corte la quale, in più circostanze, ha affermato (i) che “*La violazione del dovere di buona fede si pone quindi come fonte della responsabilità, anche risarcitoria, per la parte cui essa è imputabile. (...) Va in particolare sottolineato che questa Corte ha affermato che la clausola di buona fede nell’esecuzione del contratto opera come criterio di reciprocità, imponendo a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio di agire in*

¹² Cit. Corte di Cassazione, sez. II, sentenza 29 agosto 2011 n. 17716.

¹³ Cit. Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 3 giugno 2020 n. 10549.

modo da preservare gli interessi dell'altra e costituisce un dovere giuridico autonomo a carico delle parti contrattuali, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge; ne consegue che la sua violazione costituisce di per sé inadempimento e può comportare l'obbligo di risarcire il danno che ne sia derivato”¹⁴ (ii) e, altresì, che “il principio di correttezza e buona fede, il quale secondo la Relazione ministeriale al codice civile «richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore», deve essere inteso in senso oggettivo ed enuncia un dovere di solidarietà, fondato sull'art. 2 Cost., che, operando come un criterio di reciprocità, esplica la sua rilevanza nell'imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, anche a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge, si che dalla violazione di tale regola di comportamento può discendere, anche di per sé, un danno risarcibile”.¹⁵

4. L'ordinanza di “rinvio pregiudiziale” (ex art. 363-bis cpc) del Tribunale di Salerno del 19 luglio 2023

La tematica qui trattata, a dimostrazione della sua potenziale, estesa rilevanza, è stata affrontata approfonditamente, da ultimo, dal Tribunale di Salerno e sottoposta, con ordinanza del 19 luglio 2023 [in applicazione della recente disposizione processualistica contenuta nell'art. 363-bis cpc introdotta dall'art. 3, comma 27, lettera c), del Decreto Legislativo n. 149 del 10 ottobre 2022], all'esame della Corte di Cassazione, nel presupposto (i) che “la questione (fosse) necessaria alla definizione (...) del giudizio”, (ii) che “l'interpretazione delle conseguenze giuridiche derivanti dalla omessa indicazione, all'interno di un contratto di mutuo bancario, del regime di capitalizzazione “composto” degli interessi debitori, pure a fronte della previsione per iscritto del Tasso Annuo Nominale (T.A.N.), nonché della modalità di ammortamento c.d. «alla francese»” potesse integrare gli estremi della “indeterminatezza e/o interminabilità del relativo oggetto con conseguente nullità strutturale in forza del combinato disposto degli articoli 1346 e 1418, comma 2, c.c. nonché, stante la specialità della materia bancaria soggetta alla disciplina del Decreto Legislativo n. 285 del 1993 (c.d. TUB), la violazione delle norme in materia di trasparenza e, segnatamente, di quella di cui all'art. 117, comma 4, TUB, che impone, sotto pena di nullità, (...) che i contratti indichino il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora, con conseguente rideterminazione del piano di ammortamento applicando il tasso sostitutivo “BOT” (art. 117, comma 7, TUB)”.

Il Tribunale di Salerno, oltre a ritenere che la citata questione, classificata come “esclusivamente di diritto”, fosse “necessaria alla definizione (...) del giudizio”, ha rilevato la sussistenza delle ulteriori condizioni, previste ex art. 363-bis cpc e, segnatamente, che la questione “present(asse) gravi difficoltà interpretative” e fosse anche “suscettibile di porsi in numerosi giudizi”.

Quanto alle gravi difficoltà interpretative, l'ordinanza, ipotizza in particolare:

- (i) una prima soluzione interpretativa, ritenendo che l'omessa indicazione della modalità di ammortamento c.d. “alla francese” nel contratto di mutuo non determini alcuna conseguenza né in punto di determinatezza e/o di determinabilità dell'oggetto del contratto, né tantomeno, con riguardo alla tematica della trasparenza bancaria ex art. 117 TUB;
- (ii) una seconda soluzione interpretativa, secondo cui l'omessa indicazione della modalità di ammortamento c.d. “alla francese” potrebbe invece impattare sul profilo della determinatezza/determinabilità, ancorché tali modalità siano astrattamente

¹⁴ Cit. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 6 agosto 2008 n. 21250.

¹⁵ Cit. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 25 novembre 2008 n. 28056.

evincibili dalla lettura del piano di ammortamento, ma ciò presupporrebbe, ove si voglia evitare che la determinatezza/determinabilità rimanga solo sulla carta, che i mutuatari siano in possesso di competenze (*id est*: la conoscenza di nozioni di matematica finanziaria) tali da consentire loro di comprendere ogni dettaglio finanziario dell'impegno contrattualmente assunto.

L'ordinanza, a tale riguardo, rileva che *“la modalità di ammortamento c.d. “alla francese” (con la corresponsione di rate costanti in cui la quota parte degli interessi è progressivamente decrescente e quella della sorta capitale crescente, in cui vengono cioè ad essere corrisposti dapprima prevalentemente gli interessi e poi il capitale), specie in relazione all'applicazione del regime di capitalizzazione “composto” degli interessi debitori, come nel caso concreto, può determinare un significativo incremento del costo complessivo del denaro preso a prestito per il cliente, specialmente allorquando vengano ad essere corrisposti dapprima gli interessi (capitalizzati in modo “composto”) e poi la sorta capitale; di talché anche tale modalità di ammortamento c.d. “alla francese” costituirebbe un “prezzo”, un “costo”, che va esplicitato chiaramente all'interno del contratto bancario, in ossequio al disposto del quarto comma dell'articolo 117 TUB”* (sul punto la Cassazione¹⁶ ha precisato che, *“pur rimanendo nei limiti del tasso - soglia, le conseguenze economiche sono diverse a seconda che sulla somma capitale si applichino gli interessi semplici o quelli composti. È stato infatti osservato che una somma di denaro concessa a mutuo al tasso annuo del cinque per cento si raddoppia in venti anni, mentre con la capitalizzazione degli interessi si raddoppia in circa 14 anni”*¹⁷). Tali significativi impatti circa le modalità di rimborso degli interessi, quali frutti civili del denaro ex art. 820 c.c., inducono il Tribunale di Salerno ad ipotizzare che la mancata indicazione espressa del regime di capitalizzazione “composto” anziché “semplice” (che è il *modus* fisiologico di computo degli interessi debitori ai sensi dell'art. 821, comma 3, c.c.) abbia rilievo:

a) ai fini della sussistenza della determinatezza e/o determinabilità del tasso degli interessi passivi, solo laddove, come ritiene sul punto la Cassazione¹⁸, il *“tasso di interesse sia desumibile dal contratto, senza alcun margine di incertezza o di discrezionalità in capo all'istituto mutuante, anche quando individuato per relationem. In quest'ultimo caso, mediante rinvio a dati che siano conoscibili a priori (cfr. già Cass. n. 2765/92 e n. 7547/92 cit. in ricorso, nonché Cass. n. 22898/05, n. 2317/07, n. 17679/09, tra le più recenti) e siano dettati per eseguire un calcolo matematico il cui criterio risulti con esattezza dallo stesso contratto. I dati ed il criterio di calcolo devono perciò essere facilmente individuabili in base a quanto previsto dalla clausola contrattuale, mentre non rilevano la difficoltà del calcolo che va fatto per pervenire al risultato finale né la perizia richiesta per la sua esecuzione”*;

b) a fini di trasparenza, dovendo il “prezzo” della diversa capitalizzazione “composta” essere indicato in modo chiaro, comprensibile ed inequivocabile, in ossequio al disposto di cui all'art. 117, comma 4, del TUB, secondo cui i *“contratti indicano il tasso d'interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati”* ed anche in ossequio a quanto stabilito dall'art. 6 della Delibera CICR del 9 febbraio 2000 (rubricato *“Trasparenza contrattuale”*), applicabile a tutti i contratti di credito, in forza del quale le *“clausole relative alla capitalizzazione degli interessi non hanno*

¹⁶ Cit. Corte di Cassazione, sez. I, sentenza 16 marzo 1999 n. 2374.

¹⁷ Ed invero, ove si consideri un capitale iniziale di euro 100.000 e ad esso, secondo le modalità di calcolo previste dal regime di capitalizzazione semplice, si applichi un tasso d'interesse del 5% annuo, pari quindi ad € 5.000 annui, si avrebbe la seguente progressione: 1° anno €105.000; 2° anno €110.000; 3° anno €115.000; 4° anno €120.000; 5° anno €125.000; 6° anno €130.000; 7° anno €135.000; 8° anno €140.000; 9° anno €145.000; 10° anno €150.000; 11° anno €155.000; 12° anno €160.000; 13° anno €165.000; 14° anno €170.000; 15° anno €175.000; 16° anno €180.000; 17° anno €185.000; 18° anno €190.000; 19° anno €195.000; 20° anno €200.000. Viceversa, secondo le modalità di calcolo previste dal regime di capitalizzazione composto, si assisterebbe alla seguente progressione: 1° anno €105.000; 2° anno €110.250; 3° anno €115.762; 4° anno €121.550; 5° anno €127.628; 6° anno €134.009; 7° anno €140.710; 8° anno €147.745; 9° anno €155.132; 10° anno €162.889; 11° anno €171.033; 12° anno €179.584; 13° anno €188.563; 14° anno €197.992.

¹⁸ Cit. Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 27 novembre 2014 n. 25202.

effetto se non sono specificamente approvate per iscritto". La necessità di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza (*id est*: "la necessità che nei contratti bancari vengano esplicitati tutti i criteri ed i termini che sono destinati ad incidere, in qualsiasi modo, sul corrispettivo pattuito") di cui alla direttiva 93/13/CE del Consiglio del 5 aprile 1993 – ai quali fanno riferimento, sul piano codicistico, gli artt. 1337, 1375, 1346 e 1418 c.c. e, nel regime specialistico, l'art. 117 TUB – ha trovato riscontro, secondo il Tribunale e sia pure in ambito consumeristico, nella causa C-125/18 della Grande della Camera Corte di Giustizia dell'Unione Europea, secondo la quale "una clausola che fissa un tasso d'interesse variabile contenuta in un contratto di mutuo ipotecario deve non solo essere intelligibile sui piani formale grammaticale, ma anche consentire che un consumatore medio, normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, sia posto in grado di comprendere il funzionamento concreto delle modalità di calcolo di tale tasso e di valutare in tal modo, sul fondamento di criteri precisi e intelligibili, le conseguenze economiche, potenzialmente significative, di una tale clausola sulle sue obbligazioni finanziarie"; ricorda il Tribunale che nel medesimo senso – con riguardo ad un caso in cui il T.A.E.G. era stato indicato in contratto con un'equazione matematica di calcolo – si è espressa la Corte di Giustizia Europea (Ottava Sezione) nella decisione del 20 settembre 2018 (Causa C-448/17), sostenendo che "viola l'art. 4, paragrafo 2, della Direttiva 93/13/CEE, in quanto è priva di chiarezza, la clausola che non consente al consumatore di avere contezza delle condizioni della futura esecuzione del contratto sottoscritto, al momento della sua conclusione e, di conseguenza, di essere in possesso di tutti gli elementi idonei ad incidere sulla portata – specie economica – del suo impegno". Nel medesimo solco – con riguardo alla mancata indicazione del regime di capitalizzazione "composta" degli interessi - s'inserisce la giurisprudenza italiana, evidenziando che (i) "la formulazione di una clausola contrattuale d'indicizzazione contenuta in un contratto di leasing che non consenta di determinare ex ante il risultato economico della prestazione dovuta alla stregua della stessa è nulla, poiché deve ritenersi non determinabile l'oggetto del contratto, ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 1418 e 1346 c.c. non rilevando che, di fatto, ossia a una verifica ex post, lo scostamento tra le varie possibili soluzioni di calcolo consentite dalla formula contrattuale appaia ridotto"¹⁹ ed anche (ii) che "l'“opacità” delle clausole può costituire un sintomo, una spia, di uno squilibrio censurabile giuridicamente. In questo modo è possibile applicare, in un caso di inosservanza della trasparenza bancaria, la sanzione della rideterminazione del piano di ammortamento con i tassi sostitutivi "B.O.T." di cui all'art. 117, comma 7, T.U.B."²⁰ (iii) e che "affinché la trasparenza sia effettivamente garantita e rispettata, occorre che di essa sia offerta in concreto un'interpretazione non già formale, che ne assicuri cioè l'osservanza sulla base del solo fatto che le condizioni economiche sono riportate per iscritto, "nero su bianco", nei contratti, ma adottarne una sostanziale, che in una prospettiva funzionale di tutela del cliente (rispetto al quale la trasparenza costituisce un presidio), assicuri a quest'ultimo l'intelligibilità di quanto va a sottoscrivere e, soprattutto, dell'esatta portata ed incidenza economica delle ricadute del regolamento contrattuale che va a sottoscrivere".²¹

Relativamente alla potenzialità della "questione (...) di porsi in numerosi giudizi", essa, secondo il Tribunale, riveste carattere di serialità in ambito nazionale, in considerazione del "numero dei mutui stipulati in Italia e (dell') elevato tecnicismo e complessità della relativa disciplina, primaria e secondaria, ragion per cui un pronunciamento in via pregiudiziale della Suprema Corte potrebbe prevenire l'insorgere di un significativo contenzioso destinato, con ogni probabilità, ad approdare comunque proprio al vaglio della stessa Corte di Cassazione".

4.1. Segue: la disposta ordinanza (ex art. 363-bis cpc) del Primo Presidente della Suprema Corte alle Sezioni Unite Civili

¹⁹ Corte di Cassazione, sez. III, sentenza 6 marzo 2019 n. 16907.

²⁰ Corte di Cassazione, sez. III, sentenza del 13 maggio 2021 n. 12889.

²¹ Corte di Cassazione sez. I, sentenza 31 agosto 2021 n. 23655.

La questione sollevata in sede di “rinvio pregiudiziale” (ex art. 363-bis cpc) dal Tribunale di Salerno, è stata accolta dal Primo Presidente della Suprema Corte di Cassazione che, con ordinanza del 6/7 settembre 2023, ha ritenuto di dover investire, in luogo di quelle semplici, le Sezioni Unite Civili (RG n. 15340 del 2023); e ciò – come è dato ricavare dall’ordinanza di rimessione a queste ultime – anche in ragione dell’intreccio della questione sollevata dal giudice *a quo* “con il problema processuale della sorte dell’ordinanza di rinvio adottata (dal giudice di merito) senza aver prima sentito le parti” come previsto dall’art. 363-bis, comma 1, cpc..

La questione sottoposta al vaglio delle Sezioni Unite è, in sintesi, di stabilire quali siano le conseguenze derivanti “dalla omessa indicazione, all’interno del contratto di mutuo bancario, del regime di capitalizzazione “composto” degli interessi debitori, pure a fronte della previsione per iscritto del tasso annuo nominale (TAN), nonché della modalità di ammortamento «alla francese»”: di stabilire, in particolare, se tale omessa indicazione possa comportare “l’indeterminatezza o l’indeterminabilità del relativo oggetto, con conseguente nullità strutturale in forza del combinato disposto degli artt. 1346 e 1418, secondo comma, c.c., nonché – stante la specialità della materia bancaria, soggetta alla disciplina del d.lgs. n. 385 del 1993 (TUB) – la violazione delle norme in materia di trasparenza e, segnatamente, di quella di cui all’art. 117, comma 4, TUB, che impone, sotto pena di nullità, che i contratti indichino il tasso d’interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati, inclusi, per i contratti di credito, gli eventuali maggiori oneri in caso di mora”.

L’intervento del giudice della nomofilachia, offerto dalle nuove disposizioni processuali introdotte dalla “Riforma Cartabia Civile”, e, nel caso di specie ed inaspettatamente, delle Sezioni Unite, potrebbe segnare una significativa svolta nella controversa materia *de qua*, allo stato oggetto di sole pronunce di merito, per di più non univoche; l’ostacolo all’ottenimento di una pronuncia del giudice di legittimità, che tracci autorevolmente le linee alle quali attenersi nella individuazione e redazione dei contenuti della vasta messe di contratti di mutuo bancario aventi ad oggetto il diffuso sistema di capitalizzazione alla “francese”, potrebbe, allo stato, discendere dalla necessità, da parte della Corte, di doversi pronunciare in via pregiudiziale sugli effetti della mancata attivazione, da parte del giudice *a quo*, del contraddittorio antecedentemente (come previsto dal comma 1 dell’art. 363-bis c.p.c.) all’adozione dell’ordinanza di rinvio. Profilo, quest’ultimo, evidenziato nella stessa ordinanza di rimessione del Primo Presidente alle Sezioni Unite e anche formalmente (ed irritualmente) eccepito dall’istituto di credito convenuto attraverso una nota inviata alla Corte, in assenza di alcuna regola in tal senso autorizzativa, con contestuale richiesta della declaratoria di nullità dell’ordinanza di rinvio pregiudiziale adottata dal Tribunale di Salerno: l’istituto convenuto, infatti, avrebbe potuto (e dovuto) eccepire la violazione del principio del contraddittorio (nel giudizio a quo) nel corso dell’instaurando giudizio innanzi alle Sezioni Unite, posto che le previsioni contenute nell’art. 363-bis, oltre ad espressamente prevedere (comma 4) la “*facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all’articolo 378*”, confina le ipotesi di inammissibilità (tra le quali non sembra rientrare l’eccezione sollevata dall’istituto di credito convenuto) alla sola (comma 3) “*mancanza di una o più delle condizioni di cui al primo comma*” [*id est*: «1) la questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di cassazione; 2) la questione presenta gravi difficoltà interpretative; 3) la questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi»]. La stessa ordinanza di rimessione alle Sezioni Unite, d’altra parte, nel rilevare che “*la mancata attivazione del contraddittorio (in sede di merito) non ridonda, prima facie, nella insussistenza di un requisito di ammissibilità da dichiarare già in sede di filtro ad opera del Primo Presidente*”, finisce per dichiarare - esaminati e condivisi i contenuti dell’ordinanza del giudice *a quo* (“*necessaria pregiudizialità*”; “*questione, esclusivamente di diritto, (non ancora) risolta ex professo dalla Corte*”; “*gravi difficoltà interpretative*”; “*questione (...) suscettibile di porsi in numerosi*

giudizi” - la sussistenza delle “*condizioni oggettive richieste dall’art. 363-bis cpc per l’ammissibilità del rinvio pregiudiziale*”.²²

Il peso dell’eccezione di nullità sollevata dall’Istituto di credito convenuto, nel quadro dell’instaurato giudizio di Cassazione, tuttavia permane, dovendo quest’ultima decidere se il difetto di contraddittorio dinanzi al giudice *a quo* determini *ex se* la nullità dell’ordinanza di rimessione, difetto peraltro non sanzionato da alcuna disposizione normativa e comunque sanabile nell’ambito del giudizio da incardinarsi dinanzi alle Sezioni Unite, o, al contrario, non determini alcun effetto preclusivo, atteso che tale difetto, da un lato, come anche rilevato nell’ordinanza del Primo Presidente, “*non ridonda, prima facie, nella insussistenza di un requisito di ammissibilità*”, dall’altro, neppure rientra tra le ipotesi di inammissibilità tassativamente previste dall’art. 363-bis, comma 3, cpc..

5. Conclusioni

Emerge chiaramente, da quanto fin qui esposto, come la tematica inerente ai possibili profili di criticità del sistema di ammortamento a quote costanti, c.d. alla “francese”, presenti profili di particolare interesse e rilevanza giuridica, non solo per le delicate questioni di diritto ad essa sottese, bensì anche per il vasto bacino di potenziali interessati, rappresentati da banche e clientela mutuataria.

Si ritiene utile rammentare, ancora una volta, come i citati potenziali profili di criticità del sistema di ammortamento alla “francese” – a parte la sua possibile rilevanza in termini di non conformità con il disposto di cui all’art. 1283 c.c. (questione, questa, non oggetto di contestazione in giudizio e perciò non sollevata nell’ordinanza di rimessione del Tribunale di Salerno del 19.7.2023) - non riguardino una sola area giuridica, estendendosi essi a plurime (ed anche specialistiche) aree del diritto, coinvolgendo sia profili tecnico-regolamentari (che trovano la loro disciplina nel TUB e nelle relative disposizioni di attuazione emanate dalla Banca d’Italia) sia taluni più tradizionali istituti appartenenti alla teoria generale del diritto civile [quali (i) nullità e (ii) annullabilità dei contratti, (iii) risarcimento del danno, e financo le generali e trasversali nozioni di (iv) buona fede e (v) correttezza]. Di qui la necessità di affrontare la tematica *de qua* in una prospettiva quanto più olistica e multidisciplinare possibile, la più idonea, in chiave speculativa (e non solo), ad assicurare la dettagliata disamina di ogni singolo suo aspetto giuridico e matematico-finanziario.

Di qui l’interesse in ordine alla meditata scelta compiuta dal Primo Presidente della Suprema Corte, con cui, superando talune irrituali eccezioni di parte, ha rimesso la questione sollevata

²² In aggiunta alle citate argomentazioni, addotte dal Primo Presidente della Suprema Corte, circa la non configurabilità della sanzione dell’inammissibilità del rinvio quale conseguenza della mancata instaurazione del contraddittorio ad opera del giudice *a quo*, si ritiene d’interesse menzionare quanto sostenuto, *ex multis*, da A. SCARPA, *Il rinvio pregiudiziale ex art. 363-bis c.p.c.: una nuova «occasione» di nomofilachia?*, in *Giustizia Insieme*, 2023. L’Autore, nel dettaglio, rappresenta come “*La mancata instaurazione del preventivo contraddittorio sul rinvio implicherà una nullità dell’ordinanza, rilevabile su iniziativa della parte interessata nella prima istanza o difesa successiva, a norma dell’art. 157, comma 2, c.p.c.*”. Conseguenza di quanto *testè* rilevato è l’impossibilità di configurare, a conferma di quanto sostenuto dal Primo Presidente nell’ordinanza di rinvio alle SS.UU., un’ipotesi di inammissibilità del rinvio pregiudiziale per mancata attivazione del contraddittorio, non rientrando questa nel novero delle ipotesi espressamente previste ai sensi dell’art. 363-bis, comma 1, c.p.c. [“1) *La questione è necessaria alla definizione anche parziale del giudizio e non è stata ancora risolta dalla Corte di Cassazione; 2) La questione presenta gravi difficoltà interpretative; 3) La questione è suscettibile di porsi in numerosi giudizi*”], bensì di nullità, tra l’altro relativa, atteso che, con riferimento al caso di cui all’art. 363-bis, comma 1, cpc, non ricorre alcuna menzione specifica di nullità nell’impianto codicistico, condizione, questa, essenziale al fine della possibile configurazione di un’ipotesi di nullità di tipo assoluto. Da quanto rappresentato discenderebbe, altresì, la possibile sanatoria della nullità di cui si discorre qualora la parte nel cui interesse è stato previsto il requisito non rispettato (nel caso di specie ambo le parti) non opponga la suddetta nullità, ai sensi dell’art. 157, comma 2, c.p.c., “*nella prima istanza o difesa successiva all’atto o alla notizia di esso*” (*id est*: “(1) la Corte (...) pronuncia in pubblica udienza, con la requisitoria scritta del pubblico ministero e con facoltà per le parti costituite di depositare brevi memorie, nei termini di cui all’art. 378 cpc”).

dal Tribunale di Salerno al “*Collegio allargato della nomofilachia*”, e non già alle Sezioni Semplici, sì da consentire, a beneficio dell’intero, composito sistema economico-finanziario e giurisdizionale, un più autorevole ed approfondito esame degli articolati profili su cui, tra l’altro, ha appuntato l’attenzione il giudice *a quo* (quali: la novità delle questioni di diritto da egli sollevate non essendo state esse ancora risolte *ex professo* dalla Cassazione; le gravi difficoltà interpretative che presenta l’interrogativo da egli posto; lo spiccato carattere di serialità della questione interpretativa).

Va da sé che, qualunque sarà l’esito dell’atteso intervento delle Sezioni Unite, se *pro debitoris* oppure *pro creditoris*, esso – esclusa l’ipotesi di una pronuncia di inammissibilità/nullità che seppellirebbe ogni utile (quanto attesa) aspettativa decisoria – servirà, da un lato, a fornire, in argomento, un autorevole parametro di legittimità, dall’altro, ad ordinare l’attuale, crescente messe di iniziative giudiziarie, consentendone, in caso di pronuncia *pro debitoris*, l’omologazione (sia per quelle già pendenti che per quelle da avviare) al *decisum* delle Sezioni Unite, ovvero la cessazione in caso di decisione *pro creditoris*.

Nota a sentenza

Limiti e poteri del Giudice dell'ottemperanza*

Carolina Villanacci

Funzionario presso ENAC; Dottoranda di ricerca in Diritto Amministrativo dell'Ambiente e della salute pubblica presso l'Università di Roma "Sapienza"

Abstract

Limits and powers of the compliance Judge.

The article analyzes the sentence with which the Council of State rejected the appeal for compliance with the sentence of the Council of state n. 8683 of 2022 proposed by Ryanair Dac against the National Civil Aviation Authority and against the Sicilian Region. The sentence, for which compliance is requested, confirmed the decision of the Lazio Regional Administrative Court which ordered the annulment of the public service obligation regime established by decree of the Ministry of Infrastructure and Transport no. 2/2020. The Council of State, in declaring the groundlessness of the appeal, states that, as already established by the sentence of the Lazio Regional Administrative Court no. 12045 of 23 November 2021, the agreement signed by Enac and Alba Star is not included in the canceled documents. The effectiveness of the agreement prevented ENAC from complying with the slot request formulated by Ryanair. This means that the ENAC note prot. no. 0149007-P cannot in any way violate the judgment formed on the decision of the Council of State.

Parole chiave: Ryanair; Administrative Court; Public Service Obligation; Administrative Court, Enac.

Sommario — 1. Prolegomeni del giudizio di ottemperanza — 2. Il giudizio presupposto e il suo iter processuale — 3. Incidenza della difformità dell'effetto conservativo della sentenza del Giudice del gravame rispetto a quello del primo grado — 4. Insussistenza, per difetto di presupposti, di invalidità ad effetto caducante della sentenza di cui si invoca l'ottemperanza.

1. Prolegomeni del giudizio di ottemperanza

La sentenza in commento definisce il procedimento *ex art.* 114 c.p.a. promosso con ricorso dalla Ryanair Dac, contenente istanza cautelare, con il quale si invoca l'ottemperanza della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 11 ottobre 2022 n. 8683, pubblicata in data 11 ottobre 2022 e notificata il 14 novembre seguente. Nonché la declaratoria di nullità, previa sospensione cautelare dell'efficacia, anche in via

* Sottoposto a referaggio.

monocratica, della nota dell'E.N.A.C prot. n. 0149007- P del 30 novembre 2022 recante “*oneri di servizio pubblico*¹ *sui collegamenti da e per Trapani sentenza del consiglio di Stato, sez. V, n.8683 del 11 ottobre 2022 richiesta di assegnazione di slots sulla tratta Trapani- Napoli e viceversa*” e di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e/o consequenziale anche non conosciuto, ma comunque lesivo delle posizioni giuridiche soggettive della ricorrente, ivi inclusa la nota dell'Assoclearance prot. n. 68/2022 del 30 novembre 2022, avente ad oggetto “*assegnazione degli slot sulla rotta Napoli- Trapani e viceversa e, ove occorra, per la nomina del Commissario ad acta*”.

2. Il giudizio presupposto e il suo iter processuale

La sentenza per la quale si invocava l'ottemperanza, vale a dire la n. 8683 dell'11 ottobre 2022 del Consiglio di Stato, scaturisce da un ricorso incardinato sempre dalla Ryanair Dac innanzi al Tar Lazio, con il quale veniva impugnato il decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n.2 del 2020 che sottoponeva ad oneri di servizio pubblico² il servizio aereo di linea sulle rotte Trapani- Trieste e viceversa, Trapani- Brindisi e viceversa, Trapani- Parma e viceversa, Trapani- Ancona e viceversa, Trapani- Perugia e viceversa e Trapani- Napoli e viceversa.

La Sezione III del Tar Lazio, con la sentenza n. 12045 del 23 novembre 2021, accoglieva il ricorso ed i motivi aggiunti dalla ricorrente. La decisione, con la quale si statuiva l'illegittimità dell'imposizione di oneri di servizio pubblico³ riguardo ai servizi aerei di linea effettuati da e per l'aeroporto di Trapani, veniva impugnata innanzi al Consiglio di Stato il quale con la sentenza n. 8683 del 11 ottobre 2022, cioè quella della quale si chiede l'ottemperanza, confermava la pronuncia di primo grado, mantenendone lo stesso contenuto dispositivo ma con diverso effetto confermativo “*vincolando così in modo parzialmente diverso le Amministrazioni nella loro futura attività*”.

¹ In generale sul tema degli Oneri di servizio pubblico cfr. M. DEIANA, *Gli oneri di servizio pubblico nel trasporto aereo*, in *Il nuovo diritto aeronautico*, 2001, p. 1 ss.; G. SILINGARDI, *Gli obblighi di pubblico servizio nel trasporto aereo comunitario*, in *Dir. trasp.*, Messina, 2000, p. 481 ss.; P. FOIS, *Il principio della continuità territoriale nel trasporto aereo e l'ordinamento comunitario*, in *Dir. trasp.*, 2000, p. 335 ss.; A. ANTONINI, *Gli oneri di pubblico servizio e gli aiuti di stato nel trasporto aereo*, in *Dir. trasp.*, 2000, p. 67 ss.; G. ARAMO, *Condizioni di insularità ed oneri di servizio pubblico aereo*, in *Riv. Diritto economia, trasporti, ambiente*, 2020, p. 37- 60.; P. DI PALMA, E. LANZI, *Port Authority privatizzazione e integrazione infrastrutturale*, in *I Quaderni dell'aviazione civile*, 2018, p. 29 ss.

² Per una valutazione di diritto comparato vedi A. ANTONINI, *Gli oneri di pubblico servizio e gli aiuti di Stato nel trasporto aereo*, in *Dir. trasp.*, 2000, p. 67 ss.; G. CAMARDA, *Le imprese di trasporto aereo nell'ordinamento dei servizi aerei*, in B. FRANCHI, S. VERNIZZI (a cura di), *Il diritto aeronautico tra ricodificazione e disciplina comunitaria*, Milano, 2007, p. 1 ss.; F. GASPARI, *Il diritto della concorrenza nel trasporto aereo. La slot allocation*, Torino, 2012, p. 25 ss.

³ Sul tema confronta il regolamento (CEE) n. 2408/92 (abrogato e sostituito dal regolamento (CE) n. 1008/2008 del 24 settembre 2008). Nell'art. 16 del Regolamento, il legislatore comunitario ha previsto la possibilità, in capo ai singoli Stati, di emanare interventi finanziari nei confronti delle compagnie che accettino di entrare in un mercato, alle condizioni dalle stesse individuate. Per una compiuta disamina della disciplina è possibile fare riferimento alla pagina dedicata nel sito web di ENAC, consultabile al seguente link: <https://www.enac.gov.it/trasporto-aereo/diritto-alla-mobilita/continuita-territoriale-oneri-di-servizio-pubblico>. Vedi altresì Tar Lazio sentenza 23 novembre 2021 n. 12045, in www.giustizia-amministrativa.it.

3. Incidenza della difformità dell'effetto conservativo della sentenza del Giudice del gravame rispetto a quello del primo grado

Il differente effetto confermativo della sentenza del Consiglio di Stato n. 8683 del 2022, rispetto a quella del giudizio del Tar Lazio chiarisce le ragioni del corretto radicamento della competenza del Consiglio di Stato a decidere sull'ottemperanza,⁴ sulla scia della disposizione di cui all'art. 113, comma 1, c.p.a. e del costante orientamento giurisprudenziale sul punto.⁵

La sinottica motivazione della sentenza fornita dal Giudice dell'Ottemperanza assorbe implicitamente, respingendola, anche la domanda del ricorrente volta a conseguire la nullità della nota dell'E.N.A.C prot. n. 0149007- P del 30 novembre 2022⁶ recante “*oneri di servizio pubblico sui collegamenti da e per Trapani sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n.8683 del 11 ottobre 2022 richiesta di assegnazione di slots sulla tratta Trapani-Napoli e viceversa*”.

Non di meno, la questione è meritevole di una sia pur breve analisi che coinvolge l'articolo 113 del D.Lgs. n. 104/2010 richiamato con la sentenza che si commenta, in considerazione di una sua interpretazione dinamica volta a ricomprendere nel proprio alveo applicativo anche i casi nei quali sia stato introdotto un *quid novi* rispetto al contenuto dispositivo della sentenza del giudizio presupposto che, nello specifico, riguarda la richiesta di declaratoria della nota dell'ENAC prot. n. 0149007- P del 30 novembre 2022, estranea e comunque successiva al giudizio posto a fondamento dell'ottemperanza.

Il giudicato del Consiglio di Stato, che disattende la regola generale del radicamento in capo ai Tribunali Amministrativi Regionali dei ricorsi di ottemperanza relativi a decisioni confermate in grado di appello,⁷ è condivisibile per la finalità evolutiva della norma (art. 113 D.Lgs. n. 104/2010), la cui essenza è di stabilire un nesso biunivoco fra il giudizio di cognizione e le correlate statuizioni di esecuzione dello stesso.

Ragioni che ascrivono al giudicante che ha fissato il contenuto dispositivo la competenza funzionale dell'ottemperanza.⁸

4. Insussistenza, per difetto di presupposti, di invalidità ad effetto caducante della sentenza di cui si invoca l'ottemperanza

La decisione in esame travolge la dedotta ipotesi di invalidità ad effetto caducante sollevata dalla ricorrente.⁹

⁴ Per un generale inquadramento del tema cfr. A. DE VITA, *Il giudizio di ottemperanza*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 14 dicembre 2018, p. 1 ss.

⁵ Vedi, tra le altre, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 6 luglio 2022 n. 5621; Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 9 novembre 2019 n. 7675; Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 28 febbraio 2017 n. 5058, punto 2.5 del diritto; Consiglio di Stato, Ad. plen., sentenza 15 gennaio 2013 n. 2, punto 2 del diritto; altresì, Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 6 novembre 2017 n. 26259.

⁶ In merito al principio dell'assorbimento della domanda vedi, più di recente, Corte di Cassazione, sentenza 17 febbraio 2023 n. 5089.

⁷ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 24 novembre 2017 n. 5489, che richiama, Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 1 febbraio 2017 n. 409 e Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 2 luglio 2014 n. 3331.

⁸ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 28 marzo 2019 n. 2051.

⁹ Tra le prime trattazioni sul tema, cfr: A. DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Roma, 1917, p. 154; N. IRTI, *Concetto giuridico di “comportamento” e invalidità dell'atto*, in *Foro amm.*, 2004, p. 2766. Vedi anche B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 392 ss.; F. LUCIANI, *Il vizio formale nella teoria dell'invalidità amministrativa*, Torino, 2003, p. 317 ss.; P. M. VIPIANA, *Gli atti amministrativi: vizi di legittimità e di*

Invero quest'ultima assume che la sentenza del Consiglio di Stato n. 8683 dell'11 ottobre 2022, con la quale è stata confermata l'illegittimità dell'impugnato decreto ministeriale n. 2/2020, impositivo di oneri di servizio pubblico in relazione ai servizi di linea effettuati da e per l'aeroporto di Trapani, estenderebbe automaticamente i propri effetti determinando l'annullamento dell'affidamento al vettore Alba Star del servizio di linea sulle rotte oggetto dei giudizi del Tar Lazio (sent. n. 12045/2021) e del Consiglio di Stato (sent. n. 8683/2022).

Prima di svolgere ulteriori considerazioni esplicative dell'inconsistenza della domanda della ricorrente, è bene evidenziare che a seguito del D.M. n. 2 dell'8 gennaio 2020 sono state espletate gare pubbliche per l'assegnazione dei servizi aerei in esclusiva e con compensazione finanziaria, per il periodo dal 1 novembre 2020, posticipato al 18 dicembre 2020, fino al 31 ottobre 2023.

Aggiudicatari sono risultati la compagnia area Tayaran Jet per le rotte, andata e ritorno Trapani- Ancona; Trapani- Perugia; Trapani- Trieste e la compagnia aerea Alba Star per le rotte, andata e ritorno, Trapani- Brindisi; Trapani- Napoli e Trapani- Parma. Conseguentemente, con i predetti vettori, l'E.N.A.C. ha sottoscritto delle Convenzioni. Quella con Alba Star prevede al primo comma dell'articolo 5 che: *“L'ENAC, sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nonché la Regione Siciliana, potrà recedere unilateralmente dalla presente Convenzione, in tutto o in parte, con un preavviso di almeno 180 (centottanta) giorni da inviare al vettore tramite raccomandata con avviso di ricevimento oppure tramite posta elettronica certificata, nel caso in cui siano mutate, per cause impreviste o imprevedibili, le condizioni che hanno determinato la decisione di imporre oneri su una o più rotte e nel caso in cui sia necessario riesaminare l'Imposizione in seguito alla procedura prevista dall'articolo 18 del regolamento (CE) n. 1008/2008”*.¹⁰

merito, cause di nullità ed irregolarità, Padova, 2003, p. 363; D. U. GALETTA, *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, p. 159 ss. F. TRIMARCHI BANFI, *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 414; V. F. FRACCHIA, M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21- octies, L. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *Giustizia amministrativa*, 2005, p. 48 ss. Più in generale cfr. M. CORRADINO, *Manuale di diritto amministrativo*, Bari, 2022, p. 227 ss.

¹⁰ Per completezza espositiva si riporta l'integrale versione dell'art. 5 della Convenzione E.N.A.C. Alba Star: *“L'ENAC, sentito il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti nonché la Regione Siciliana, potrà recedere unilateralmente dalla presente Convenzione, in tutto o in parte, con un preavviso di almeno 180 (centottanta) giorni da inviare al Vettore tramite raccomandata con avviso di ricevimento oppure tramite posta elettronica certificata, nel caso in cui siano mutate, per cause impreviste o imprevedibili, le condizioni che hanno determinato la decisione di imporre oneri su una o più rotte e nel caso in cui sia necessario riesaminare l'Imposizione in seguito alla procedura prevista dall'articolo 18 del regolamento (CE) n. 1008/2008*.

In caso di recesso dell'ENAC il Vettore ha diritto al pagamento delle sole prestazioni eseguite, purché svolte correttamente e secondo le modalità prescritte dall'Imposizione di oneri e dai bandi di gara, rinunciando espressamente, ora per allora, a qualsiasi ulteriore eventuale pretesa anche di natura risarcitoria e a ogni ulteriore compenso o indennizzo e/o rimborso delle spese anche in deroga a quanto previsto dall'articolo 1671 del codice civile.

Il Vettore aggiudicatario potrà presentare all'ENAC richiesta di recesso dalla presente Convenzione, a mano, tramite raccomandata con avviso di ricevimento oppure tramite posta elettronica certificata, non prima di un anno dall'attivazione del servizio dandone preavviso entro l'inizio della stagione aeronautica precedente. A tal fine farà fede la data di ricevimento della richiesta da parte dell'ENAC.

Si considera recesso senza preavviso l'interruzione, operata dal Vettore, dell'esercizio del servizio onerato qualora, entro un termine massimo di 15 (quindici) giorni dalla data di ricezione dell'intimazione dell'ENAC ad adempiere integralmente agli obblighi assunti, il Vettore non abbia ripristinato il servizio o

Benché il riferito svolgimento dei fatti assuma autonoma rilevanza in ordine all'insussistenza dell'eccepita nullità del provvedimento normativo impugnato (d.m. n.2 dell'8 gennaio 2020), è comunque opportuno precisare che la pretesa di parte ricorrente di sussumere il caso posto all'esame del Giudice dell'ottemperanza nell'alveo della disposizione di cui all'art 21-*septies* della L. 241 del 1990¹¹ è infondata.

Infatti, non è dato di sostenere che il provvedimento legislativo dichiarato illegittimo (d.m. n. 2 dell'8 gennaio 2020) sia privo degli elementi essenziali; viziato per difetto assoluto di attribuzione ovvero violativo o elusivo del giudicato.

Né tantomeno è possibile supporre che in altre disposizioni legislative possano essere rinvenuti ulteriori ipotesi di nullità afferenti il fatto oggetto della sentenza del Consiglio di Stato n.8683 del 2022.

Ad una diversa valutazione risulta essere opportuna la connotazione sostanziale, o se si preferisce di merito, della sentenza in esame con la quale, a supporto dei profili di inammissibilità del ricorso di ottemperanza, è stato sottolineato che nella più volte citata sentenza del giudizio presupposto (Consiglio di Stato n.8683 del 2022) non è ricompresa la Convenzione del 12 novembre 2020 sottoscritta tra E.N.A.C. e Alba Star.

L'esclusione di detta intesa è stata motivata con l'assunto che *“sulle domande di declaratoria di inefficacia dei contratti “medio tempore” stipulati con i vettori aggiudicatari, (...) tale misura, di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., è applicabile solo all'esito di un contenzioso di cui all'art.120 cod.cit., fattispecie - questa - non corrispondente a quella in esame, che non segue neanche il rito di cui all'art. 119 c.p.a., e non è suscettibile di interpretazione estensiva analogica”*.

In altri termini, la Convenzione tra E.N.A.C. e Alba Star, in difetto di un provvedimento risolutorio ovvero rescissorio, resta pienamente efficace.

Circostanza che preclude all'E.N.A.C. qualsivoglia iniziativa volta a limitare i diritti contrattualmente riconosciuti ad Alba Star, poiché diversamente si esporrebbe a responsabilità risarcitoria.

Analoga infondatezza del ricorso è rinvenibile in ordine alla dedotta caducazione automatica della Convenzione a seguito della sentenza di cui si chiede l'ottemperanza, essendo tale possibilità preclusa dalla disposizione di cui agli artt. 121 e seguenti c.p.a. in ipotesi come quella in epigrafe.

Tuttavia, per cogliere al meglio le problematiche che sottendono la questione, è utile delineare qual è il rapporto di invalidità che si delinea tra gli atti presupposti¹² e quelli

non ne abbia motivato fondatamente il mancato ripristino. La mancata osservanza del preavviso da parte del Vettore è sanzionata con una penale calcolata come specificato al successivo articolo 6”.

¹¹ La disposizione così recita: *“È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge”*.

¹² Vedi Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 10 novembre 2020 n. 6922, secondo cui *“la nozione di atto presupposto è fondata, in relazione ad atti di un unico procedimento o anche ad atti autonomi, sull'esistenza di un collegamento fra gli atti stessi, così stretto nel contenuto e negli effetti, da far ritenere che l'atto successivo sia emanazione diretta e necessaria di quello precedente, così che il primo è in concreto tanto condizionato dal secondo nella statuizione e nelle conseguenze da non potersene discostare”*.

conseguenti,¹³ considerando che i primi debbono essere distinti tra invalidità ad effetto caducante e invalidità ad effetto viziante.

Una differenziazione che consente di stabilire che soltanto in ipotesi di annullamento dell'atto presupposto ad effetto caducante, l'invalidità si estende automaticamente all'atto consequenziale, sia pure in mancanza di una sua specifica impugnazione.¹⁴

Nel mentre, in caso di invalidità ad effetto viziante,¹⁵ l'atto consequenziale è unicamente affetto da illegittimità derivata e pertanto non ne è compromessa l'efficacia.

Anche ad un esame più propriamente procedurale appare evidente che l'annullamento del d.m. n. 2 dell'8 gennaio 2020 non può travolgere, con analoga portata invalidante, le Convenzioni stipulate all'esito di espletate gare pubbliche, in quanto i diritti soggettivi che ne scaturiscono trovano tutela nella giurisdizione del Giudice ordinario, al quale la competenza è riservata anche in ipotesi di materie di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.¹⁶

D'altro canto la caducazione automatica, anche in ragione della sua eccezionalità, è ravvisabile unicamente ove sussista un rapporto immediato, diretto e necessario con l'atto successivo che lo ponga nello stesso alveo procedimentale dell'atto precedente, senza bisogno di ulteriori valutazioni di interessi e tutela di diritti.¹⁷

Una diversa impostazione lederebbe la certezza dei rapporti giuridici di diritto pubblico.¹⁸ Si tratta di considerazioni che affondano le radici nel nostro sistema giurisdizionale, che impone la valutazione sulla legittimità dei provvedimenti impugnati piuttosto che in astratto, finalizzata all'accertamento della fondatezza della pretesa sostanziale che si vuol far valere.

¹³L. GAROFALO, *Impugnazione dell'atto presupposto e onere di impugnazione dell'atto consequenziale*, in *Dir. proc. amm.*, 2000, p. 344 ss.; S. GATTAMELATA, *Effetti dell'annullamento sugli atti consequenziali*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 313 ss.

¹⁴ La distinzione tra invalidità ad effetto viziante e invalidità ad effetto caducante risale alla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 17 del 1955 che ha segnato lo spartiacque tra l'orientamento giurisprudenziale precedente, favorevole all'obbligo dell'autonoma impugnazione dell'atto consequenziale e l'attuale orientamento, che postula l'estensione degli effetti dell'annullamento a tutti gli atti che sono strettamente connessi con il primo o che in esso trovano il loro logico presupposto. Sul punto vedi A. STICCHI DAMIANI, *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, p. 633 ss.; S. GATTAMELATA, *Effetti dell'annullamento sugli atti consequenziali*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, p. 313 ss.; vedi anche A. CALEGARI, *L'invalidità derivata nei rapporti tra atti amministrativi*, Milano, 2013, p. 81 ss.; B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 705 - 925.

¹⁵ F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, p. 16 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Vizi formali e procedimentali*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Napoli, 2007, p. 217 ss.; R. DIPACE, *L'ambito di applicazione della legge n 241/1990*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, p. 88 ss.

¹⁶ Cfr. Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 23 aprile 2008 n. 10443.

¹⁷ C.fr. Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2018 n. 2168; Consiglio di Stato, sez. V., 26 maggio 2015 n. 2611; Tar Lombardia, Milano, sez. II, sentenza 15 settembre 2021 n. 2000.

¹⁸ F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, 2000, p. 33 ss.; F. CARNELUTTI, *La certezza del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1943, p. 81 ss.; N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, p. 1 ss.; G. ALPA, *La certezza del diritto nell'età dell'incertezza*, Napoli, 2006, p. 7 ss.; M. LUCIANI, *Diritto giurisprudenziale, limiti dell'interpretazione e certezza del diritto*, in *Lo Stato*, 2019, p. 345-367.

Più nel dettaglio del giudizio di ottemperanza¹⁹ è interessante rilevare che la sentenza del Consiglio di Stato in esame delinea i profili soggettivi²⁰ della disposizione di cui all'art. 114 c.p.a. allorquando, precisando che l'azione di ottemperanza deve essere proposta “con ricorso notificato alla Pubblica Amministrazione a tutte le parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta”, circoscrive la stessa alle sole parti del giudizio definito,²¹ per il quale si instaura per l'esecuzione, ritenendo con ciò invalicabile il limite processuale della regola di cui all'art. 2909 c.c. per la quale “il giudicato fa stato tra le parti, i loro eredi ed aventi causa”.²²

La conseguenza, nel caso specifico, è che la sentenza (n. 8683/2022) è inefficace nei confronti di Assoclearance, rimasta estranea al giudizio, cosicché verso la stessa non può essere mossa alcuna censura di violazione o elusione del giudicato.²³

Un effetto centrale della decisione sull'ottemperanza è rappresentato dal mancato esame dei profili di inammissibilità del ricorso formulati da E.N.A.C. e Assoclearance, motivata con la ritenuta palese infondatezza nel merito della domanda²⁴ in quanto, sia nella sentenza di primo grado del Tar Lazio n. 12045 del 23 novembre 2021 che in quella di appello del Consiglio di Stato n.8683/2022, la domanda di annullamento della Convenzione sottoscritta il 12 novembre 2020 da E.N.A.C ed Alba Star è stata respinta al pari di quella correlata di declaratoria di inefficacia degli atti relativi alla gara e dei contratti stipulati con i vettori aggiudicatari.²⁵

Su queste basi motivazionali il Giudice dell'ottemperanza ha deciso “sulle domande di declaratoria di inefficacia dei contratti “medio tempore” stipulati con i vettori aggiudicatari, (...) tale misura, di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a., è applicabile solo

¹⁹ Per una completa analisi del giudizio di ottemperanza si vedano i contributi di M.S., *Contenuto e limiti del giudizio di ottemperanza*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 442 ss.; F. PIGA, *Giudizio di ottemperanza e violazione del giudicato*, in *Foro amm.*, 1981, p. 245 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, p. 365; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, p. 103 ss.; M. NIGRO, *La giurisdizione amministrativa di merito*, in *Foro it.*, 1969, p. 62 ss.; A. TRAVI, *L'esecuzione della sentenza*, in *Trattato di diritto amministrativo*, in S. CASSESE (a cura di), *Diritto amministrativo speciale*, Milano, 2003.

²⁰ M. FOSFORO, *I limiti soggettivi del giudicato amministrativo*, in *Giur. it.*, 2014, p. 667 ss.

²¹ M. FOSFORO, *op. cit.*, p. 667 ss. Per un'analisi sui limiti oggettivi del giudicato cfr. C. COMMANDATORE, *I limiti oggettivi del giudicato amministrativo all'esame della Plenaria*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, p. 1382 ss.

²² In generale, si può affermare che l'assenza, nel diritto amministrativo, di una specifica definizione di giudicato rende applicabili i caratteri fondamentali definiti dalle disposizioni di natura civilistica (art. 2909 c.c. e 324 c.p.c.). Cfr. sul punto anche Corte di Cassazione, sezione lavoro, sentenza 19 marzo 2013 n. 6788.

²³ Per quanto attiene, invece, al profilo oggettivo, va detto che i limiti sono individuati sulla base degli elementi costitutivi dell'azione ovvero *causa petendi* e bene della vita che ne forma oggetto. Cfr. sul punto C. COMMANDATORE, *op. cit.*, p. 1382 ss.

²⁴ R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *federalismi.it*, 2010, p. 27; Vedi anche Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 7 gennaio 2020 n. 7: “Nel processo amministrativo la tecnica dell'assorbimento dei motivi deve ritenersi legittima quando è espressione consapevole del controllo esercitato dal giudice sull'esercizio della funzione pubblica e se è rigorosamente limitata ai soli casi disciplinati dalla legge, ovvero quando sussista un rapporto di stretta e chiara continenza, pregiudizialità od implicazione logica tra la censura accolta e quella non esaminata”.

²⁵ A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo dell'autorità di conformarsi ai giudicati*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 439; M. CLARICH, *L'effettività della tutela nell'esecuzione delle sentenze del giudice amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 550. In questo scritto, l'autore si interroga se “la mancata o inesatta esecuzione della sentenza passata in giudicato dipenda sempre e soltanto da atteggiamenti dell'amministrazione poco rispettosi dell'ideale della legalità oppure anche, almeno in taluni casi, da incertezze obiettive in ordine al contenuto precettivo e agli effetti della sentenza”.

all'esito di un contenzioso di cui all'art. 120 cod cit,²⁶ fattispecie- questa- non corrispondente a quella in esame, che non segue neanche il rito di cui all'art. 119 c.p.a, e non è suscettibile di interpretazione estensiva analogica”.

²⁶ “1. Gli atti delle procedure di affidamento, ivi comprese le procedure di affidamento di incarichi e concorsi di progettazione e di attività tecnico-amministrative ad esse connesse, relativi a pubblici lavori, servizi o forniture, nonché i provvedimenti dell'Autorità nazionale anticorruzione ad essi riferiti, sono impugnabili unicamente mediante ricorso al tribunale amministrativo regionale competente.

2. Nel caso in cui sia mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può comunque essere più proposto decorsi trenta giorni decorrenti dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva di cui all'articolo 65 e all'articolo 225 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a condizione che tale avviso contenga la motivazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha deciso di affidare il contratto senza previa pubblicazione del bando. Se sono omessi gli avvisi o le informazioni di cui al presente comma oppure se essi non sono conformi alle prescrizioni ivi contenute, il ricorso non può comunque essere proposto decorsi sei mesi dal giorno successivo alla data di stipulazione del contratto.

2-bis. [Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. È altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endo-procedimentali privi di immediata lesività.]

3. Salvo quanto previsto dal presente articolo e dai successivi, si applica l'articolo 119.

4. Quando è impugnata l'aggiudicazione definitiva, se la stazione appaltante fruisce del patrocinio dell'Avvocatura dello Stato, il ricorso è notificato, oltre che presso detta Avvocatura, anche alla stazione appaltante nella sua sede reale, in data non anteriore alla notifica presso l'Avvocatura, e al solo fine dell'operatività della sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto.

5. Per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo il ricorso, principale o incidentale e i motivi aggiunti, anche avverso atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di trenta giorni, decorrente, per il ricorso principale e per i motivi aggiunti, dalla ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'articolo 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero, in ogni altro caso, dalla conoscenza dell'atto. Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42.”

6. Articolo 120, c.p.a.: “Il giudizio, qualora le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa, è di norma definito, anche in deroga al comma 1, primo periodo dell'articolo 74, in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'articolo 60, ove ne ricorrano i presupposti, e, in mancanza, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Della data di udienza è dato immediato avviso alle parti a cura della segreteria, a mezzo posta elettronica certificata. In caso di esigenze istruttorie o quando è necessario integrare il contraddittorio o assicurare il rispetto di termini a difesa, la definizione del merito viene rinviata, con l'ordinanza che dispone gli adempimenti istruttori o l'integrazione del contraddittorio o dispone il rinvio per l'esigenza di rispetto dei termini a difesa, ad una udienza da tenersi non oltre trenta giorni.

6-bis. [Nei casi previsti al comma 2 bis, il giudizio è definito in una camera di consiglio da tenersi entro trenta giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente. Su richiesta delle parti il ricorso è definito, negli stessi termini, in udienza pubblica. Il decreto di fissazione dell'udienza è comunicato alle parti quindici giorni prima dell'udienza. Le parti possono produrre documenti fino a dieci giorni liberi prima dell'udienza, memorie fino a sei giorni liberi prima e presentare repliche ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista della camera di consiglio, fino a tre giorni liberi prima. La camera di consiglio o l'udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale. L'ordinanza istruttoria fissa per il deposito di documenti un termine non superiore a tre giorni decorrenti dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della stessa. La nuova camera di consiglio deve essere fissata non oltre quindici giorni. Non

Rimarcando implicitamente gli effetti più propriamente sostanziali, il Giudice dell'ottemperanza non manca di significare che la Convenzione E.N.A.C. – Alba Star è caratterizzata da un residuo di efficacia molto contenuto, poiché già a far data dal mese di maggio 2023, la Ryanair Dac potrà operare sulla tratta Trapani- Napoli, in quanto in tale data saranno decorsi i 180 giorni dal recesso esercitato legittimamente da E.N.A.C. nei confronti di Alba Star, in forza dell'art. 5 della Convenzione che consente di sussumere tra le cause imprevedute ed imprevedibili che hanno determinato il mutamento delle condizioni contrattuali la sentenza del Consiglio di Stato n. 8683 del 2022.

Una situazione di fatto che giustifica pienamente la ritenuta legittimità formale e sostanziale della nota E.N.A.C. prot. n. 0149007- P del 30 novembre 2022 recante “*oneri di servizio pubblico sui collegamenti da e per Trapani sentenza del consiglio di Stato, sez. V, n.8683 del 11 ottobre 2022 richiesta di assegnazione di slots sulla tratta Trapani-Napoli e viceversa*”.

Meritevole di esame è, come già anticipato, anche la problematica relativa al segmento della decisione del Giudice dell'ottemperanza di tralasciare gli “*ulteriori profili di inammissibilità del ricorso (...) sollevati da E.N.A.C. e Assoclearence in ragione dell'infondatezza nel merito del ricorso [...]*”.²⁷

può essere disposta la cancellazione della causa dal ruolo. L'appello deve essere proposto entro trenta giorni dalla comunicazione o, se anteriore, notificazione della sentenza e non trova applicazione il termine lungo decorrente dalla sua pubblicazione.]

7. I nuovi atti attinenti la medesima procedura di gara devono essere impugnati con ricorso per motivi aggiunti.

8. Il giudice decide interinalmente sulla domanda cautelare, anche se ordina adempimenti istruttori, se concede termini a difesa, o se solleva o vengono proposti incidenti processuali.

8-bis. Il collegio, quando dispone le misure cautelari di cui al comma 4 dell'articolo 119, ne può subordinare l'efficacia, anche qualora dalla decisione non derivino effetti irreversibili, alla prestazione, anche mediante fideiussione, di una cauzione di importo commisurato al valore dell'appalto e comunque non superiore allo 0,5 per cento del suddetto valore. Tali misure sono disposte per una durata non superiore a sessanta giorni dalla pubblicazione della relativa ordinanza, fermo restando quanto stabilito dal comma 3 dell'articolo 119.

8-ter. Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1, e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione del contratto, dandone conto nella motivazione.

9. Il giudice deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro quindici giorni dall'udienza di discussione. Quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il giudice pubblica il dispositivo nel termine di cui al primo periodo, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e comunque deposita la sentenza entro trenta giorni dall'udienza. [Nei casi previsti al comma 6 bis, il tribunale amministrativo regionale deposita la sentenza entro sette giorni dall'udienza, pubblica o in camera di consiglio, di discussione; le parti possono chiedere l'anticipata pubblicazione del dispositivo, che avviene entro due giorni dall'udienza.]

10. Tutti gli atti di parte e i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74.

11. Le disposizioni dei commi 3, 6, 8, 8 bis, 8 ter, 9 e 10 si applicano anche nel giudizio di appello innanzi al Consiglio di Stato, proposto avverso la sentenza o avverso l'ordinanza cautelare, e nei giudizi di revocazione o opposizione di terzo. La parte può proporre appello avverso il dispositivo, al fine di ottenerne la sospensione prima della pubblicazione della sentenza

11-bis. Nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto.”

²⁷ R. DE NICTOLIS, *L'ordine dei motivi e la sua disponibilità*, in *federalismi.it*, 2010, p. 27; Cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 4 luglio 2018 n. 4095.

Si tratta di un'apertura evolutiva dell'istituto dell'ottemperanza²⁸ e più in generale del procedimento amministrativo verso quello processuale civilistico.

Del resto non vi sono ragioni che possano ostare all'applicazione nel processo amministrativo delle regole di quello ordinario ed anzi l'art. 76 comma IV c.p.a., stabilisce che: “*si applicano l'articolo 276, secondo, quarto e quinto comma, del codice di procedura civile e l'articolo 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile*”.²⁹

Il punto semmai è stabilire se può essere ancora ritenuta attuale la regola volta a risolvere in anteprima le questioni preliminari, oppure se la stessa può essere giustificatamente disattesa nel caso risultasse palese l'infondatezza nel merito della domanda oppure manifesto il difetto di interesse di parte ricorrente.³⁰

D'altronde, per quanto potrebbe apparire anacronistico parlare di natura giuridica è opportuno rimarcare che quella del giudizio di ottemperanza³¹ si rinviene nell'alveo dell'art. 7 della L. n. 1034/1971³² e art. 27 del T.U. 26 giugno 1924 n. 1054.³³

Disposizioni la cui lettura combinata consente al Giudice dell'ottemperanza di esercitare poteri sostitutori.

Un principio generale, quello della sostituibilità dell'attività amministrativa, che conferisce anche al Giudice dell'ottemperanza una dotazione giurisdizionale di merito tant'è che, seguendo le indicazioni dell'art. 134, comma I, lett. a) c.p.a., allo stesso è consentito di esercitare giurisdizione con cognizione estesa al merito della controversia, al fine di attuare le pronunce giurisdizionali esecutive o del giudicato assumendo, allo scopo, i provvedimenti necessari a garantire alla parte vittoriosa di potersi concretamente avvalere del disposto della sentenza di annullamento.³⁴

In quest'ottica interpretativa post formalistica, è tutt'altro che irragionevole conferire al Giudice dell'ottemperanza poteri ricostruttivi nell'esecuzione delle sentenze amministrative per far sì che ad una già intervenuta dichiarazione di annullamento possa essere data concreta attuazione al giudicato.

Ciò non significa in alcun modo violare il limite del contenuto della sentenza e quindi i criteri di fondo ai quali, sia pure attraverso un'interpretazione integrata, bisogna attenersi.

²⁸ M. SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014, p. 217 ss.; R. AMADEO, D. GIANNINI, *Il giudizio di esecuzione*, in F. CARINGELLA, M. PROTTO (a cura di), *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Roma, 2011, p. 1094 ss.

²⁹ Tra i riferimenti più risalenti sul tema vedi G. VERDE, *Norme processuali ordinarie e processo amministrativo*, in *Foro it.*, 1985, p. 158 ss.

³⁰ A. ROMANO TASSONE, *Sulla disponibilità dell'ordine di esame dei motivi di ricorso*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, p. 803; P. CERBO, *L'ordine di esame dei motivi di ricorso nel processo amministrativo*, Bari, 2012, p. 5 ss.

³¹ In merito alla natura giuridica del giudizio di ottemperanza, è possibile individuare tre differenti orientamenti: per un primo orientamento ha natura di processo esecutivo; per un secondo orientamento ha natura cognitoria; per un terzo orientamento ha natura mista di cognizione e di esecuzione. Vedi nel merito R. GAROFOLI, G. FERRARI, *Manuale di Diritto amministrativo*, Bari, 2021, p. 2259 ss.; A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, Padova, 2001, p. 142 ss.

³² Oggi abrogata per effetto del D.Lgs. 2 Luglio 2010 n. 104.

³³ Oggi abrogato per effetto del D.Lgs. 2 Luglio 2010 n. 104.

³⁴ Sull'effettività della tutela giurisdizionale vedi M. C. ROMANO, *Situazioni legittimanti ed effettività della tutela giurisdizionale. Tra ordinamento europeo e ordinamenti amministrativi nazionali*, in *Pubblicazioni del Dipartimento di Scienze Giuridiche Università degli Studi di Roma "Sapienza"*, 2013, p. 1 ss.; A. MARI, *Il giudice amministratore: ordine di ottemperare e qualificazione giuridica delle attività conseguenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 647-694; E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *Il processo amministrativo*, 1979, p. 227; F. GIGLIONI, *Che cos'è veramente la legalità?*, in *Labsus*, 2019, p. 1-4.

Né tantomeno assumere pronunciamenti su questioni nuove o non rientranti nel giudicato in quanto non è possibile in sede di ottemperanza attribuire all'interessato un bene ulteriore e diverso rispetto a quello riconosciuto dal giudicato.³⁵

È noto per altro che le sentenze esecutive sono connotate da una diversa intensità rispetto a quelle di merito³⁶ il cui contenuto è disciplinato dall'art. 34, comma 1 *lett. d)* c.p.a., in quanto possono determinare solamente le modalità esecutive dichiarando inefficaci e non nulli gli atti emessi in violazione o elusione.

³⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6 novembre 2015 n. 5075.

³⁶ In generale sul tema dell'ottemperanza vedi anche C. ADAMO, *Giudizio di ottemperanza delle sentenze non passate in giudicato*, in *Relazione al convegno su Il processo amministrativo dopo la riforma*, Palermo, 2000.

Note a sentenza

Accesso agli atti relativi alle procedure di reclutamento del personale: il caso I.T.A. S.p.A.*

Federico Vaccaro

*Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche
Università degli Studi di Roma "G. Marconi"*

Abstract

Access to documents related to the recruitment of personnel: the I.T.A. S.p.A. case.

The contribution examines judgment No. 860 of 2023 of the Seventh Section of the Council of State, in which the decided question of the existence of the right of access to documents and of civic access to the documents relating to the recruitment of personnel of Italia Trasporto Aereo (I.T.A.) S.p.A. by the Associazione Nazionale del Personale Navigante del Trasporto Aereo (Navid).

The Council of State on the one hand stated that I.T.A. S.p.A., as a publicly controlled company, is obliged to comply with the transparency obligations set out in Articles 16, 17 and 19 of Legislative Decree 33/2013 and to fulfil the obligation to display the documentation concerning its personnel.

On the other hand, it qualified the airline as a "body governed by private law exercising activities also functional to the fulfilment of public interests" subject to Articles 22 et seq. of Law 241 of 1990.

Keywords: publicly controlled companies; civic access; documental access; transparency obligations; competition.

Sommario — 1. Premessa — 2. Accesso civico nei confronti delle società a controllo pubblico — 3. Accesso documentale — 4. Spunti sistematici di interesse.

1. Premessa

La vicenda, definita con la richiamata sentenza del Consiglio di Stato, prende le mosse da un ricorso promosso dall'Associazione Nazionale del Personale del Trasporto Aereo (Navid) per annullare il diniego espresso da I.T.A. S.p.A. alla richiesta di accesso a tutti i documenti relativi alle procedure di reclutamento del personale ed in particolare "bandi, regolamenti societari, delibere degli organi esecutivi e determinazioni dirigenziali indicanti gli specifici criteri seguiti e le modalità di assunzione adottate nella circostanza"¹.

* Sottoposto a referaggio.

¹ In realtà, il ricorso è stato proposto da Dario Baratti, in proprio (nella sua qualità di pilota prima alle dipendenze di Alitalia) e come rappresentante legale dall'associazione Nazionale del personale del Trasporto Aereo contro il Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del ministro *pro tempore*, l'Ente Nazionale per L'Aviazione Civile - E.N.A.C. e l'Italia Trasporto Aereo S.p.A. Tuttavia, ai fini del

Il Tar Lazio, con sentenza di primo grado,² ha respinto il ricorso ritenendo I.T.A. S.p.A., per espressa previsione normativa (art. 79, comma 5, D.L. 17 marzo 2020 n. 18 convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020 n. 27), non gravata dagli obblighi di cui al D.Lgs. n. 175/2016, “*in quanto non contraddistinta da connotazioni o prerogative di carattere pubblicistico*”. Il giudice di primo grado ha altresì ritenuto non sussistenti i presupposti soggettivi per l’applicazione degli artt. 22 e seguenti della L. 241 del 1990.

In sede di appello, il Consiglio di Stato ha accolto il ricorso, riformato la sentenza del giudice di primo grado e ordinato alla I.T.A. S.p.A di consegnare all’appellante copia della documentazione richiesta con la obliterazione dei soli dati connessi ad eventuali segreti industriali, commerciali e dati personali.

Limitando la presente analisi ai passaggi nodali della sentenza, i Giudici di Palazzo Spada hanno in primo luogo attribuito all’istanza di accesso presentata dall’appellante la duplice qualificazione giuridica di accesso civico e accesso generalizzato.³ In secondo luogo, hanno ritenuto I.T.A. S.p.A. una società a controllo pubblico⁴ e, come tale, sottoposta agli obblighi di trasparenza di cui al D.Lgs. n. 33/2013, inclusi gli obblighi di pubblicazione dei dati relativi alle dotazioni organiche, al costo del personale e alla pubblicazione dei bandi di concorso (artt. 16,17 e 18).⁵

Nel percorso motivazionale hanno affrontato la tematica del rapporto tra il D.Lgs n. 175/2016 e il D.Lgs. n. 33/2013. In particolare, ritenendo che la società appellata, nonostante per espressa previsione normativa non rientri tra i soggetti tenuti agli obblighi di evidenza pubblica dell’accesso, è tenuta a rispettare gli obblighi di trasparenza di cui al D.Lgs. n. 33/2013.⁶

In terzo luogo, hanno affermato la soggezione della I.T.A. S.p.A. agli artt. 22 e seguenti della L. 241 del 1990 in quanto ente che svolge anche attività di pubblico interesse.

A fondamento di tale conclusione è stato richiamato l’art. 79, comma 4 *ter*, D.L. 17 marzo 2020 n. 18, nel punto in cui prevede che la società “*stipula*” e non “*può stipulare*” contratti di servizio per la prestazione di servizi pubblici essenziali, con il solo limite delle risorse economiche disponibili.

presente contributo, verranno volutamente omessi alcune circostanze per mettere in rilievo gli aspetti di diritto sostanziale di maggior rilievo.

² T.A.R Lazio, sez. II, sentenza 10 giugno 2022 n. 7668.

³ Il concorso dell’accesso documentale ex art. 22 L. 241 del 1990 e dell’accesso civico è previsto dall’art. 5 D.Lgs. 14 marzo 2013 n. 33. Sul rapporto tra le diverse forme di accesso si veda Cons. di Stato, Ad. Plen., sentenza 2 aprile 2020 n. 10, su cui si veda commento di S. INGEGNATTI, *Diritto di accesso - Accesso civico generalizzato e appalti pubblici: il punto della Plenaria*, in *Giurisprudenza Italiana*, n. 1, 1 gennaio 2021, p. 157.

⁴ Cfr. art. 2, comma 1, lett. m), D. Lgs. 19 agosto 2016 n. 175, richiamato dall’art. 2-*bis*, comma 2, lettera b), D.Lgs 14 marzo 2013 n. 33.

⁵ L’ANAC con determinazione n. 1134 di giorno 8 novembre 2017 ha dettato le nuove linee guida per l’attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e dagli enti pubblici economici.

⁶ L’art. 79, comma 5, D.L. 17 marzo 2020 n. 18 convertito con modificazioni dalla legge n. 27 del 24 aprile 2020 prevede che alla società di cui al comma 3 non si applicano le disposizioni previste dal decreto legislativo 19 agosto 2016 n. 175.

2. Accesso civico nei confronti delle società a controllo pubblico

La questione di fondo della fattispecie controversa riguarda l'inclusione di I.T.A. S.p.A. nell'ambito di applicazione soggettivo degli obblighi di pubblicità, trasparenza, informazione e diritto di accesso (semplice e generalizzato) imposti dal D.Lgs. n. 33/2013⁷ anche alle società a controllo pubblico così come definite nell'art. 2, comma 1, lett. b) e m), D. Lgs. n. 175/2016.⁸

L'art. 79, comma 5, D.L. 17 marzo 2020 n. 18 (convertito con modificazioni dalla legge 24 aprile 2020 n. 27) ha previsto espressamente che le disposizioni di cui al decreto legislativo 19 agosto 2016 n. 175 non si applicano a I.T.A. S.p.A.

Nel caso di specie, il Collegio è stato chiamato ad accertare se dall'inapplicabilità del T.U.S.P. alla società ricorrente derivi automaticamente anche l'esclusione dall'obbligo di accesso civico ex D.Lgs. n. 33/2013 con riguardo alle attività espletate per la selezione del personale.⁹

Il giudice di primo grado ha ritenuto, "*per ragioni di coerenza sistematica*", che la deroga all'obbligo, previsto dall'art. 19, comma 2, D.Lgs. n. 175/2016, di definire "*con propri provvedimenti, criteri e modalità per il reclutamento del personale nel rispetto dei principi, anche di derivazione europea di trasparenza, pubblicità e di imparzialità e dei principi di cui all'art. 35, comma 3, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165*", comporti che I.T.A. S.p.A. non può ritenersi soggetta all'accesso civico ex D.Lgs. n. 33/2013 per le procedure espletate per la selezione del personale.

Un ulteriore elemento di rilievo a sostegno della tesi affermata dal giudice di prima istanza è dato dalla inapplicabilità al caso in esame, sempre per espressa previsione normativa, dell'art. 22 del D.L. n. 175/2016, il quale prevede che le società a controllo pubblico hanno l'obbligo di assicurare il massimo livello di trasparenza sull'uso delle proprie risorse.

Il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, esprimendo un orientamento diverso rispetto a quanto statuito dal giudice di primo grado, ha affermato che il D.Lgs. n. 33/2013 è un corpo normativo autonomo rispetto al D.Lgs. n. 175/2016 e, pertanto, che l'applicabilità del primo non è subordinata a quella del secondo.

Il punto di partenza logico della parabola argomentativa utilizzato dai Giudici di Palazzo Spada è quello secondo cui se il legislatore avesse voluto escludere I.T.A. S.p.A. dall'ambito di applicazione del D.Lgs. n. 33/2013, lo avrebbe previsto espressamente nel D.L. n. 18/2020, così come accaduto per il D.Lgs. n. 175/2017.

L'insussistenza dell'obbligo, per la compagnia aerea, di assicurare il massimo livello di trasparenza sull'uso delle proprie risorse e sui risultati ottenuti (art. 22 D.Lgs. n. 175/2016) non può giustificare un diritto della società a controllo pubblico alla totale segretezza dei propri atti. E ciò in quanto, il richiamo all'art. 2 comma 1, lettera m) D. Lgs. n. 175/2016 contenuto nell'art. 2-bis, comma 2, lettera b), D.Lgs. n. 33/2013 rileva soltanto come criterio di individuazione degli enti formalmente privati tenuti al rispetto

⁷ La disciplina dell'accesso civico, nonostante i buoni risultati, ha dato origine a contrasti interpretativi in dottrina e in giurisprudenza, Si veda G. GARDINI, *La nuova trasparenza amministrativa: un bilanciamento a due anni dal FOIA Italia*, in *federalismi.it*, 2018; A. MOLITERNI, *La via italiana al "FOIA": bilancio e prospettive*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2019.

⁸ Sulla evoluzione della giurisprudenza contabile circa la perimetrazione della nozione di "controllo pubblico" si veda, tra molti, M. MACCHIA, *Incertezza sulla nozione di controllo pubblico*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2021.

⁹ Sull'ambito di applicazione soggettiva del D.lgs. 14 marzo 2013 n. 33 si veda D. BOLOGNINO, *Anticorruzione e trasparenza: ridisegnare l'ambito soggettivo di applicazione?* in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2020.

degli obblighi di trasparenza, come si evince dal dettato normativo “come definite” e non “disciplinate” dal D. Lgs. n. 175/2016.

Una volta impostati in tale modo i termini concettuali della questione, il Consiglio di Stato ha ritenuto sussistenti i presupposti per qualificare I.T.A. S.p.A. quale società a controllo pubblico¹⁰ sottoposta alla disciplina del diritto di accesso civico e agli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni, ivi inclusi gli obblighi di pubblicazione di cui agli artt. 16, 17 e 19 D. Lgs. n. 33/2013.

3. Accesso documentale

Il Consiglio di Stato, al fine verificare se la società I.T.A. S.p.A. rientri nell’ambito di applicazione soggettiva del diritto di accesso documentale (o individuale) previsto dall’art. 22 e seguenti, L. n. 241/1990, ha accertato se la compagnia aerea possa essere qualificata come soggetto di diritto privato svolgente attività di pubblico interesse secondo la disciplina del diritto nazionale o comunitario.¹¹

I Giudici di Palazzo Spada hanno precisato che “*non può assumere rilevanza decisiva l’eventuale qualificazione della I.T.A. S.p.A. quale organismo di diritto pubblico*” essendo tale qualificazione di matrice eurounitaria rilevante solo ai fini dell’applicazione del D.Lgs n. 50/2016 agli enti privati.

In altre parole, ad essere determinante – ai fini della soggezione agli artt. 22 e seguenti, L. n. 241/1990 – non è il regime giuridico cui è assoggettata l’attività, anche di diritto privato, in relazione alla quale è presentata l’istanza ostensiva bensì la circostanza che l’attività sia funzionalmente inerente alla gestione di interessi collettivi e che venga espletata nel rispetto del canone di imparzialità e trasparenza.¹²

Per inquadrare la questione problematica sottesa al caso in esame il Consiglio di Stato ha richiamato il Regolamento CE n. 2408/92 (abrogato e sostituito dal Regolamento CE n.1008/2008) con il quale è stato aperto il mercato delle prestazioni di servizi aerei intracomunitari alla concorrenza transfrontaliera all’interno del mercato unico e il controllo della Commissione europea sui divieti comunitari in tema di aiuti di Stato, cioè sui divieti di fornire in forma diretta o indiretta finanziamenti alle imprese pubbliche o private tali da alterare la concorrenza.¹³

¹⁰ L’art. 2, comma 1, lettera m), D.Lgs. 19 agosto 2016 n. 175, richiamato dall’art. 2-bis comma 2, lettera b), D.Lgs. 14 marzo 2013 n. 33 prevede che devono ritenersi controllate da una pubblica amministrazione le società di controllo descritte dall’art. 2359 c.c. Nel caso in esame sussistono i presupposti per qualificare I.T.A. S.p.A. come società controllata dal Ministero dell’Economia e delle Finanze essendo l’unica titolare di tutte le quote societarie.

¹¹ Sul punto si precisa che il diritto di accesso agli atti “*trova applicazione nei confronti di ogni tipologia di attività della pubblica amministrazione, compreso gli atti di diritto privato: ciò perchè ogni attività dell’Amministrazione è vincolata all’interesse collettivo*” (Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 22 aprile 1999 n. 3 e 5). L’art. 22, comma 1, lett. d), L. 7 agosto 1990 n. 241 – modificato dalla legge 11 febbraio 2005 n. 15 – riconosce oggi espressamente l’accesso agli atti di diritto privato delle Pubbliche amministrazioni. Con specifico riferimento all’attività dei privati, l’ostensibilità dei documenti deve essere garantita per gli atti funzionalmente inerenti all’attività di pubblico interesse (Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 24 giugno 1999 n. 16).

¹² Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenze 22 aprile 1999 n. 4 e 5.

¹³ M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2017, p. 57.

Occorre, peraltro, precisare che la Commissione dell'Unione Europea, con la decisione del 10 settembre 2021, ha accertato l'impossibilità di riconoscere a I.T.A. S.p.A. la qualità di concessionario di pubblico servizio universale.¹⁴

In deroga al divieto di aiuti di Stato, l'art. 16 del Regolamento CE n. 1008/2008 ha previsto la possibilità di corrispondere emolumenti economici nei confronti delle società che accettino di entrare nei mercati qualificati come ad alta rilevanza sociale alle condizioni individuate mediante appositi oneri di servizio pubblico (O.P.S.), obbligandosi ad agire anche al di fuori delle logiche di mercato.

Da ciò discende che gli Stati membri possono imporre, attraverso un'articolata procedura, oneri di servizio a condizione che soddisfino la necessità di servire una regione periferica o in via di sviluppo all'interno del territorio o, ancora, una rotta a bassa densità di traffico, qualora tale rotta sia considerata essenziale per lo sviluppo economico e sociale dell'area servita.

Gli operatori possono accettare di istituire servizi aerei di linea conformi a tutti i requisiti dell'*"onere di servizio pubblico"*. Il medesimo regolamento stabilisce, inoltre, che nell'ipotesi in cui nessun vettore aereo comunitario abbia istituito servizi conformi all'onere di servizio pubblico imposto su tale rotta, lo Stato interessato possa - tramite gara d'appalto - concedere il diritto di effettuare i servizi sulle rotte interessate.

Il D.L. 17 marzo 2020 n. 18 ha previsto un ulteriore meccanismo per garantire il servizio di trasporto aereo, imponendo alla società partecipata l'obbligo di stipulare contratti di servizio per la prestazione di servizi pubblici essenziali di rilevanza sociale, nell'ottica della continuità territoriale e con il solo limite delle risorse disponibili.

Secondo l'interpretazione del Consiglio di Stato, l'obbligo di contrarre imposto alla società appellata avrebbe carattere residuale e sarebbe destinato ad operare soltanto nel caso in cui non sia possibile imporre oneri di servizio pubblico secondo la disciplina prevista dal Regolamento CE 1008/2008.

Una diversa interpretazione comporterebbe una non consentita disapplicazione del Regolamento in questione la quale assicurerebbe un illegittimo vantaggio per l'operatore economico, in violazione dei principi sulla libera concorrenza.

Alla luce dell'obbligo imposto ad I.T.A. S.p.A. di stipulare contratti aventi ad oggetto la prestazione di servizi pubblici essenziali di rilevanza sociale, il Consesso giudicante ha ritenuto che l'attività dalla stessa svolta possa essere qualificata come di pubblico interesse, e pertanto sottoposta ad obblighi di evidenza e trasparenza.

Tale percorso argomentativo ha consentito al Consiglio di Stato di confutare totalmente la tesi sostenuta da I.T.A. S.p.A. - e accolta nella sentenza di primo grado - secondo la quale mancherebbero i presupposti soggettivi per riconoscere l'obbligo di ostensione dei documenti correlati alle procedure selettive del personale (artt. 22 e seguenti, L. n. 241/1990).

In particolare, il Consiglio di Stato ha esplicitamente qualificato I.T.A. S.p.A. ente di diritto privato esercente attività di interesse pubblico sottoposto alla disciplina

¹⁴ La Commissione dell'Unione Europea, nel comunicato del 10 settembre 2021, ha ritenuto che Italia Trasporto Aereo S.p.A. non è successore economico di Alitalia e, conseguentemente, non è responsabile per il mancato rimborso degli aiuti di stato che quest'ultima ha illegalmente ricevuto. L'istituzione dell'Unione Europea ha altresì precisato che il conferimento di 1,35 miliardi di Euro versati in favore della nuova compagnia non è un aiuto di stato ai sensi delle normative eurounitaria.

dell'accesso agli atti e ritenuto che sussiste un interesse “*diretto, concreto e attuale all'ostensione dei documenti.*”¹⁵

4. Spunti sistematici di interesse

La soluzione fornita dal Consiglio di Stato induce l'interprete a svolgere alcune riflessioni in tema di ambito di applicazione soggettivo della disciplina del diritto di accesso documentale e civico alle società non quotate ma sottoposte a controllo pubblico - tra le quali I.T.A. S.p.A. – a confronto con le società quotate¹⁶ – come ad esempio RAI S.p.A. e Poste Italiane S.p.A.

Dalla decisione in rassegna, emerge il difficile bilanciamento tra logiche puramente imprenditoriali e obblighi pubblicistici di trasparenza, conoscibilità, intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione.¹⁷

Nell'arresto in commento, i giudici di Palazzo Spada, hanno ritenuto applicabile ad I.T.A. S.p.A. gli obblighi di pubblicità e trasparenza previsti dal D.Lgs. n. 33/2013 in materia di accesso civico in quanto società controllata dal M.E.F. Tale operazione ermeneutica appare incentrata su un approccio formalista ed una condivisibile interpretazione letterale dell'art. 2-*bis* D.Lgs. n. 33/2013 destinata ad offrire elevati livelli di trasparenza.

Già in un recente passato il Consiglio di Stato era stato chiamato a risolvere problematiche analoghe nei confronti di Rai S.p.A..¹⁸ In quella occasione era stato rilevato come il Testo Unico in materia di trasparenza e accesso civico escludesse dall'ambito di applicazione soggettivo degli obblighi di trasparenza e di accesso civico le società pubbliche quotate di cui all'art. 2, comma 1, lett. p), T.U.S.P..¹⁹ Più precisamente, la norma in ultimo richiamata include all'interno del perimetro delle società quotate in partecipazione pubblica non solo le società per azioni quotate in mercati regolamentati, ma anche quelle che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari – diversi dalle azioni – quotati in mercati regolamentati.

Nello specifico, in ragione dell'emissione da parte di RAI – Radiotelevisione Italiana S.p.A. – di bond quotati prima sull'Irish Stock Exchange, poi presso Euronext Dublin - mercato regolamentato europeo - in data antecedente al 31 dicembre 2015, la stessa giurisprudenza ha costantemente ritenuto che la Rai S.p.A. rientrasse tra le società quotate in partecipazione pubblica di cui all'art. 2, comma 1, lett. p), T.U.S.P..²⁰

¹⁵ Sull'interesse legittimante la richiesta di accesso documentale si veda, tra molte, Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 18 aprile 2006 n. 6; Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenze 25 settembre 2020 n. 19 e 20.

¹⁶ L'art. 2, comma 1, lett. p), T.U.S.P. richiamato dall'art. 2-*bis* D.Lgs 14 marzo 2013 n. 33 definisce società quotate: “*le società a partecipazione pubblica che emettono azioni quotate in mercati regolamentati; le società che hanno emesso, alla data del 31 dicembre 2015, strumenti finanziari diversi dalle azioni quotati in mercati regolamentati*”.

¹⁷ Cfr. Consiglio di Stato, commissione speciale, parere 29 maggio 2017 n. 1257, sull'aggiornamento delle linee guida ANAC del 17 giugno 2015 n. 8, “*Aggiornamento delle Linee guida per l'attuazione della normativa in materia di prevenzione della corruzione e trasparenza da parte delle società e degli enti di diritto privato controllati e partecipati dalle pubbliche amministrazioni e degli enti pubblici economici*”.

¹⁸ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11 aprile 2022 n. 2655.

¹⁹ Sulla nozione di mercato regolamentato contenuta nella definizione di “*società quotate*” di cui all'art. 2 T.U.S.P. si è espresso con un apposito orientamento il Ministero dell'economia e delle finanze in data 22 giugno 2018.

²⁰ Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11 aprile 2022 n. 2655; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 12 settembre 2022 n. 7896.

Coerentemente, con la sentenza in nota è stata adottata un'interpretazione letterale della disposizione che delimita l'ambito di applicazione soggettivo degli obblighi nascenti dal D.Lgs. n. 33/2013, superando il “*metodo interpretativo utilizzato spesso dalla Corte di Giustizia e dalla Corte di Strasburgo che fa prevalere la sostanza pubblicistica a prescindere dal dettato normativo e dalla forma giuridica*”.²¹

È evidente la scelta del legislatore di voler tracciare l'ambito soggettivo di applicazione della normativa sull'accesso civico attraverso regimi differenziati in ragione delle particolari caratteristiche strutturali che connotano le diverse persone giuridiche.

Sulla ragionevolezza della previsione di una così penetrante deroga agli obblighi di trasparenza per le società quotate è possibile dubitare. In tal senso potrebbero porsi alcuni profili di incompatibilità dell'art. 2, comma 1, lett. p), T.U.S.P. con l'art. 3 della Costituzione.²² Tuttavia, è stato osservato che la peculiare esclusione delle società quotate dalla normativa sopra richiamata trova giustificazione nella sottoposizione ad un sistema autonomo di obblighi, controlli e sanzioni previsto a tutela degli investitori e dei mercati finanziari, sottoposti ad una competenza specifica della Consob.²³ In altre parole, è stato sostenuto che la tutela della competitività sul mercato delle società quotate (artt. 41 e 42 della Costituzione) giustifica l'esonerazione dagli obblighi di trasparenza, la cui sottoposizione sarebbe, al contrario, in grado di creare effetti distorsivi della concorrenza per mezzo della trasmissione delle informazioni, nonché ingiustificati svantaggi nei confronti di coloro a carico dei quali sussiste l'obbligo di pubblicare le strategie d'impresa.

Infine, quanto al diritto di accesso documentale, il Consiglio di Stato, in differenti sentenze²⁴, ha qualificato I.T.A. S.p.A., Poste Italiane S.p.A.²⁵ e RAI S.p.A.²⁶ come enti privati esercenti attività anche funzionali al perseguimento di interessi pubblici sottoposti agli obblighi di cui agli artt. 22 e seguenti della L. n. 241/1990. A differenza di quanto riscontrato per l'accesso civico, ai fini dell'applicazione delle disposizioni sull'accesso documentale, ciò che rileva è che la richiesta abbia ad oggetto documenti connessi all'attività finalizzata al perseguimento dell'interesse pubblico.

Alla luce della prospettata interpretazione della disciplina sull'accesso documentale e civico emersa nella giurisprudenza richiamata, la sentenza in nota, nonostante la descritta complessità giuridica della fattispecie, legata alla frammentazione normativa della disciplina, risolve la questione della individuazione del perimetro soggettivo di applicazione degli obblighi di trasparenza in modo coerente con il complesso e stratificato sistema normativo.

I.T.A. S.p.A. è, infatti, una società che ha natura formalmente privatistica e agisce in un mercato concorrenziale mediante atti di diritto privato. Un ulteriore elemento di rilievo

²¹ S. SCREPANTI, *Obblighi di trasparenza e accesso civico, il caso della Rai S.p.a.*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 5, 2021.

²² A. BEVERE, P. BEVERE, A. CERRI, *Il diritto di informazione e i diritti della persona*, Milano, 2022.

²³ Consiglio di Stato, commissione speciale, parere 29 maggio 2017 n. 1257, sull'aggiornamento delle linee guida ANAC del 17 giugno 2015 n. 8

²⁴ Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 28 giugno 2016 n. 13; T.A.R. Lazio, sentenza 3 marzo 2021 n. 2607; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 11 aprile 2022 n. 2655.

²⁵ Società quotata alla Borsa di Milano dal 2015, nonché affidataria di servizio pubblico universale fino al 30 aprile 2026, con un flottante di circa il 35%; il 65% circa delle azioni è poi ripartito tra il Ministero dell'Economia e delle Finanze, che ne detiene una quota del 29,26%, e da Cassa depositi e prestiti che possiede una quota del 35%, in www.posteitaliane.it.

²⁶ Il decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, 28 aprile 2017, affidato la concessione in esclusiva alla RAI S.p.A. dell'esercizio del servizio pubblico radiofonico, televisivo e multimediale sull'intero territorio nazionale.

deriva dal fatto che la società *de qua* è sottoposta al controllo pubblico e svolge attività di pubblico interesse, elementi che consentono di assimilarla ad una pubblica amministrazione. Ne consegue che una diversa interpretazione della normativa che escludesse la società dagli obblighi di trasparenza in esame si porrebbe in contrasto con la concezione più avanzata di accesso come diritto fondamentale alla conoscenza ma anche come principio che comprende la tutela della legalità, della prevenzione della corruzione e del buon andamento della pubblica amministrazione.²⁷

In questa prospettiva, l'intervento del Consiglio di Stato, alla luce del quadro delineato, ha contribuito a chiarire l'estensione dell'ambito di applicazione della disciplina trasparenza.

²⁷ Sul nesso fra trasparenza e anticorruzione si veda E. CARLONI, *Alla luce del sole. Trasparenza amministrativa e prevenzione della corruzione* "Tutti vogliono un posto al sole, ed in più possibilmente, all'ombra" (Stanislaw J. Lec), in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3, 2019.

Note a sentenza

Accordi pubblici e cooperazione amministrativa nel conflitto tra la tutela della concorrenza e la massimizzazione dell'interesse pubblico*

Marina Spoletini

*Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche
nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi"*

Abstract

Public agreements and administrative cooperation in the conflict between competition protection and maximization of the public interest.

Public agreements can be used to establish common goals and principles that balance competition concerns with public interest objectives. Administrative cooperation can facilitate the implementation of these agreements and help ensure that competition is not unnecessarily restricted while still promoting public interest objectives.

Parole chiave: partenariato pubblico; procedure competitive; tutela della concorrenza; concessione di beni demaniali; affidamento di servizi HEMS.

Sommario — 1. Introduzione. La vicenda processuale — 2. Analisi e declinazione del requisito della “cooperazione” in materia di accordi pubblici — 3. Considerazioni conclusive: la tutela della concorrenza tra co-organizzazione amministrativa e principio del risultato

1. Introduzione. La vicenda processuale

La questione origina dal ricorso esperito dalla Elitaliana S.r.l., concessionaria delle aree dell'aeroporto di Roma Urbe e del servizio di eliosoccorso dal primo luglio 2009 al 30 giugno 2018, volto all'annullamento della concessione rilasciata dall'ENAC alla Regione Lazio e ad Ares 118 dei territori presso gli aeroporti di Latina e Viterbo, nonché la successiva determinazione di affidare alle medesime la gestione delle aree suindicate e del servizio HEMS, senza il previo esperimento di una procedura di gara. Nelle more del giudizio di primo grado la ricorrente, con motivi aggiunti, ha impugnato gli atti di gara indetta dalla Regione Lazio e volta all'affidamento del servizio di eliosoccorso, rilevando l'illegittimità della *lex specialis* nella parte in cui non ha

* Sottoposto a referaggio.

previsto e stimato, nell'importo a base d'asta, la quota parte di IVA rispetto a quelle prestazioni diverse dal trasporto dei feriti e degli infermi¹, assoggettate all'imposta sul valore aggiunto con aliquota del 22%.²

Con sentenza n. 13602 del 16 dicembre 2020, il T.A.R. Lazio, sezione III, ha accolto le doglianze avanzate dalla ricorrente rilevando la violazione dell'obbligo dell'evidenza pubblica in ragione della ritenuta insussistenza dei requisiti del partenariato pubblico-pubblico richiesti dall'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016.

Con riferimento alla parte del ricorso avanzata con motivi aggiunti, il giudice amministrativo ha motivato l'accoglimento della richiesta rilevando che l'indistinta sottrazione all'imposta sul valore aggiunto del servizio oggetto della gara, rende le offerte presentate dagli operatori partecipanti irregolari sotto il profilo fiscale.

Avverso la pronuncia del T.A.R. Lazio, l'ENAC, la Regione Lazio e Ares 118 hanno proposto appello innanzi alla Terza sezione del Consiglio di Stato eccependo, in primo luogo, che le amministrazioni hanno operato nelle forme di un partenariato pubblico e che, in secondo luogo, i principi dell'evidenza pubblica sono stati debitamente salvaguardati. L'ente concedente, infatti, aveva delegato i concessionari di procedere all'affidamento dei servizi di eliosoccorso e alla conseguente selezione dell'utilizzatore delle aree previo espletamento di una gara competitiva.

In relazione, invece, al motivo di appello circa la dedotta illegittimità degli atti di gara indetta dalla Regione Lazio a valle della concessione, gli appellanti hanno rilevato che il Disciplinare di gara riporta le risoluzioni dell'interpellata Agenzia delle Entrate di Roma secondo le quali, in vista della impossibilità di stabilire *ex ante* se lo stazionamento dei velivoli sia destinata ad eseguire prestazioni esenti da IVA o assoggettate all'imposta, le prestazioni funzionali all'attività principale di trasporto sanitario ed emergenziale sono attratte al regime fiscale a quest'ultima riservato.

Sui motivi di appello si è pronunciata la Terza sezione del Consiglio di Stato con sentenza del 25 agosto 2021 n. 6034.

2. Analisi e declinazione del requisito della “cooperazione” in materia di accordi pubblici

In accoglimento del primo motivo di ricorso, il giudice di primo grado ha evidenziato l'assenza dell'elemento della cooperazione tra enti pubblici dovuto all'estraneità dell'ENAC all'attività oggetto di concessione,³ circostanza che, secondo il T.A.R. Lazio, è sufficiente a destrutturare lo schema legislativo previsto per l'accordo tra pubbliche amministrazioni. Tale conclusione si traduce nell'obbligo, assertivamente

¹ Attività che beneficia dell'esenzione dell'IVA come previsto dall'art. 10, n. 15) del d.P.R. 26 ottobre 1972 n. 633, in attuazione della direttiva 2006/112/CE, art. 132, lett. p) del Consiglio del 28 novembre 2006 (GU L 347/1).

² La distinzione, sotto il profilo del trattamento fiscale, tra le attività dedotte nella *lex specialis* è stata, altresì, oggetto di risoluzione del Ministero dell'Economia e delle Finanze n. 114/E del 14 luglio 2000 ed è stata posta in rilievo in occasione domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Cour de cassation (Belgio) alla Corte di Giustizia dell'Unione europea del primo luglio 2009, pronunciata con sentenza del 3 giugno 2010, C-237/09, *État belge/Nathalie de Fruytier*.

³ Più nel dettaglio, la sentenza appellata evidenzia che, nella vicenda di interesse, l'ENAC si è limitato a concedere in uso ad Ares 118 le aree demaniali dietro versamento di un canone senza realizzare “una collaborazione operativa reciproca, essendo Ares 118 l'unico soggetto che appare operativo”.

disatteso dall'ENAC, di assoggettare l'erogazione del servizio di che trattasi al regime dell'evidenza pubblica.⁴

A supporto della propria posizione, il giudice di prime cure richiama, in prima istanza, il consolidato orientamento della giurisprudenza comunitaria secondo il quale l'istituto di cui all'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50/2016 è connotato da un "*invalicabile limite esterno di operatività*" volto ad evitare che tale strumento si traduca in un mezzo per sottrarsi alle procedure competitive, a discapito dei principi della libera circolazione dei servizi e della concorrenza previsti dal Trattato.⁵

L'orientamento richiamato si pone in linea con i Considerando n. 45 e n. 47 della direttiva 2014/23/UE⁶ i quali evidenziano l'imprescindibile necessità che le cooperazioni pubblico-pubblico non si declinino in mezzi distorsivi della concorrenza tali da porre in una posizione di ingiustificato svantaggio altri operatori economici attivi nel settore di mercato di riferimento.

Le medesime osservazioni sono state oggetto del parere dell'Anac del 7 ottobre 2015, AG 70/2015/AP, reso al Ministero degli Interni, in cui si è rimarcata, altresì, la necessaria assenza dell'elemento della corrispettività tra le prestazioni, aspetto sintomatico della effettiva cooperazione tra enti.⁷

⁴ Il T.A.R. richiama, nello specifico, Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 5 novembre 2018 n. 6264, sez. V, 15 luglio 2013 n. 3849 nonché l'ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. IX, sentenza 30 giugno 2020, C-618/19, *Ge.Fi.L./Regione Campania* che si è pronunciata su rinvio del Consiglio di Stato, sez. V, ordinanza 6 agosto 2019 n. 5581. Nelle pronunce indicate viene ricordata l'indefettibile requisito della "*cooperazione effettiva*" tra le pubbliche amministrazioni partecipanti all'accordo, la cui naturale estrinsecazione si riscontra nel perseguimento di obiettivi comuni al fine di perseguire l'interesse pubblico in un rapporto di assoluta equiparazione.

⁵ In particolare, la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, Grande Sezione, 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione delle Comunità europee/Repubblica federale di Germania* ha evidenziato che "*il diritto comunitario non impone in alcun modo alle autorità pubbliche di ricorrere ad una particolare forma giuridica per assicurare in comune le loro funzioni di servizio pubblico. Dall'altra, una cooperazione del genere tra autorità pubbliche non può rimettere in questione l'obiettivo principale delle norme comunitarie in materia di appalti pubblici, vale a dire la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata in tutti gli Stati membri, poiché l'attuazione di tale cooperazione è retta unicamente da considerazioni e prescrizioni connesse al perseguimento di obiettivi d'interesse pubblico e poiché viene salvaguardato il principio della parità di trattamento degli interessati di cui alla direttiva 92/50, cosicché nessun impresa privata viene posta in una situazione privilegiata rispetto ai suoi concorrenti*". L'accordo pubblico, dunque, attua "*una forma di cooperazione fra due enti pubblici che non si pone in contrasto con i principi dei Trattati e delle Direttive dell'Unione Europea ed anzi, attua l'opposto principio di legittima cooperazione nell'adempimento degli interessi istituzionali affidati con l'utilizzo di propri strumenti e senza ricorrere al mercato ove sia possibile una collaborazione con altre autorità pubbliche*" si veda G.M. RACCA, *gli accordi fra amministrazioni pubbliche: cooperazioni nazionali ed europee per l'integrazione organizzativa e l'efficienza funzionale*, in *Diritto Amministrativo*, n. 1, 2017, p. 101.

⁶ Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione (GUUE L94/1).

⁷ Più precisamente, l'Anac evidenzia che l'accordo "*1. deve regolare la realizzazione di un interesse pubblico, effettivamente comune ai partecipanti, che le parti hanno l'obbligo di perseguire come compito principale, da valutarsi alla luce delle finalità istituzionali degli enti coinvolti; 2. alla base dell'accordo deve esserci una reale divisione di compiti e responsabilità; 3. i movimenti finanziari tra i soggetti che sottoscrivono l'accordo devono configurarsi solo come ristoro delle spese sostenute, essendo escluso il pagamento di un vero e proprio corrispettivo comprensivo di un margine di guadagno; 4. il ricorso all'accordo non può interferire con il perseguimento dell'obiettivo principale delle norme comunitarie in tema di appalti pubblici, ossia la libera circolazione dei servizi e l'apertura alla concorrenza non falsata negli Stati membri*". L'Autorità ha così riassunto la propria posizione precisando che "*l'elemento qualificante dell'istituto che emerge dalle più recenti pronunce del giudice amministrativo è l'estraneità*

Al riguardo, il Consiglio di Stato, nella sentenza annotata, muove una prima premessa in merito alla differenza che intercorre tra la “concessione dei servizi” e la “concessione di beni demaniali”. La prima è prevista dall’art. 3, comma 1, lett. vv, del codice degli appalti e si configura come un contratto a titolo oneroso per la fornitura e gestione di servizi pubblici diversi dall’esecuzione di lavori, il cui corrispettivo si sostanzia nel diritto di gestire i servizi oggetto del contratto con assunzione del relativo rischio operativo.⁸

Diversamente, la “concessione di beni demaniali” non è soggetta ad una specifica procedura in quanto rimane estranea dalla regolamentazione europea sugli appalti, servizi e forniture. Ciononostante, data la rilevanza economica ricoperta da questa tipologia di concessioni, considerando anche che la medesima rappresenta un’occasione di guadagno per gli operatori economici, l’ente concedente è tenuto comunque all’osservanza dei principi sanciti dall’art. 81 del Trattato UE.⁹ In questa prospettiva, avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale,¹⁰ l’attribuzione delle concessioni di beni demaniali deve avvenire mediante procedure trasparenti e non discriminatorie, tali da garantire la parità di trattamento ai partecipanti e il miglior perseguimento dell’interesse pubblico.¹¹ Con particolare riferimento alla vicenda esaminata, si pone nella medesima prospettiva pro-concorrenziale anche la previsione di cui all’art. 704¹² del codice della navigazione, il quale impone che la concessione di un’area aeroportuale deve essere effettuata a seguito di gara ad evidenza pubblica, così come il successivo art. 705 che assegna al gestore aeroportuale, tra gli altri, “*il compito di amministrare e gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell’aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato*”.¹³

alla logica dello scambio tra prestazione e controprestazione suggellata dalla previsione di un corrispettivo, propria del contratto, e l’adesione alla logica del coordinamento di convergenti attività di interesse pubblico di più enti”. L’elemento essenziale è, dunque, l’espletamento di un’attività di interesse comune mediante una “sinergica convergenza, pur nella diversità del fine pubblico perseguito da ciascuna amministrazione” cfr. Anac, Delibera 31 maggio 2017 n. 567.

⁸ Così come osservato dall’Anac con il parere sulla normativa 22 dicembre 2012, n. AG 25/12, “*l’affidamento di un servizio è inquadrabile nello schema della concessione quando ha per oggetto un pubblico servizio, inteso come un’attività economica esercitata per erogare prestazioni volte a soddisfare bisogni collettivi, ritenuti indispensabili in un determinato contesto sociale*”.

⁹ Consiglio di Stato, sez. IV, sentenza 16 febbraio 2021 n. 1416; Consiglio di Stato, Ad. Plen., sentenza 25 febbraio 2013 n. 5; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 31 maggio 2022 n. 3250; Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 25 gennaio 2005 n. 168; T.A.R. Lazio, sez. III, sentenza 8 gennaio 2016 n. 188.

¹⁰ In particolare, la Corte costituzionale con sentenza del 24 febbraio 2017 (ribadendo quanto già evidenziato con sentenza n. 213 del 2011) ha affermato che i criteri e le modalità di affidamento delle concessioni “*assumono i principi della libera concorrenza e della libertà di stabilimento, previsti dalla normativa comunitaria e nazionale*”

¹¹ Sull’obbligo di attivare una procedura competitiva, pena l’introduzione di una ingiustificata barriera d’ingresso al mercato e conseguente lesione dei principi di parità di trattamento, di non discriminazione e di trasparenza, si veda T.A.R. Lazio, sez. III-ter, sentenza 13 novembre 2014 n. 11405 e sentenza 15 aprile 2015 n. 5499; T.A.R. Lazio, sez. III, sentenza 16 dicembre 2020 n. 13602; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 31 maggio 2011 n. 3250.

¹² Soprattutto nella parte in cui dispone che il provvedimento concessorio, nel limite massimo di durata di quaranta anni, è adottato, su proposta dell’ENAC, all’esito di selezione effettuata tramite procedura di gara a evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, previe idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini procedurali fissati dall’ENAC, sentita, laddove competente, la regione o provincia autonoma nel cui territorio ricade l’aeroporto oggetto di concessione.

¹³ Tale previsione è altresì sancita dal regolamento ENAC pubblicato il 18 novembre 2014, *sub* titolo IV, agli articoli 18 e 19 delle disposizioni finali. Tuttavia, il Collegio ha precisato, nella stessa sentenza in

Tutto ciò premesso, il Consiglio di Stato si sofferma sulle peculiarità della fattispecie esaminata, avanzando diverse considerazioni volte a destrutturare la posizione adottata dal giudice di primo grado.

In primo luogo, si osserva che l'ENAC non ricopre ancora il ruolo di assegnataria definitiva dei beni del demanio aeroportuale e, quindi, è impossibilitata a procedere ad affidamenti dei servizi per la valorizzazione commerciale delle medesime aree mediante gara. Questo aspetto è comprovato dalla circostanza che tutti i provvedimenti concessori adottati, compresi quelli in favore di Ares 118, sono stati assentiti dallo Stato maggiore dell'Aeronautica.

In secondo luogo, viene evidenziato che la concessione della porzione del bene demaniale effettuata ad Ares 118 postulava necessariamente l'esperimento a valle di una procedura competitiva, volta alla selezione di un operatore economico per l'affidamento del servizio di eliosoccorso, al fine di salvaguardare i principi e le regole dell'evidenza pubblica.¹⁴

Infine, contraddicendo quanto assunto dal giudice di primo grado, il Collegio afferma che gli affidamenti conclusi in favore della Regione Lazio – Ares 118 sono qualificabili come accordo tra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 15 della legge 241 del 1990 e dell'art. 5, comma 6, del d.lgs. 50 del 2016.¹⁵

La conclusione di accordi tra enti pubblici si pone in una logica di continuità con il progetto legislativo volto alla semplificazione amministrativa, al fine di perseguire gli obiettivi di efficienza, efficacia ed economicità della Pubblica Amministrazione.

Il principale fondamento normativo è costituito dall'art. 15 della legge n. 241 del 1990 che, in ragione della vasta portata applicativa della norma, attribuisce all'ente pubblico un ampio margine di discrezionalità sulla scelta di addivenire ad un accordo di collaborazione con altra amministrazione, salvo fornire adeguata motivazione circa le ragioni che giustificano, in punto di opportunità, il mancato ricorso al mercato.

Più in particolare, non si registra un irragionevole pregiudizio alla concorrenza laddove l'accordo di collaborazione tra due amministrazioni sia volto all'esercizio di un'attività di interesse comune, da condurre in una prospettiva collaborativa caratterizzata da una comunione di scopo.

Il requisito della collaborazione tra gli enti si riscontra laddove vi sia una destinazione di risorse umane e/o strumentali allo svolgimento delle attività mentre la comunione di scopo si concretizza allorché il risultato delle operazioni condotte sia funzionale alle rispettive attività istituzionali.

Oltre alle condizioni appena richiamate, che si collocano nell'orbita della semplificazione amministrativa, è altresì necessario che il ricorso agli accordi di collaborazione garantisca un evidente risparmio di mezzi e risorse pubbliche rispetto a quanto reperibile sul mercato. L'importo riconosciuto per la realizzazione delle attività da parte di una amministrazione, infatti, deve necessariamente essere sganciato dalle

commento, che il regolamento non trova applicazione finché l'area rimane formalmente del Demanio militare e non si perfeziona il passaggio al demanio civile e ad ENAC.

¹⁴ Circostanza che, peraltro, si è verificata con l'indizione della gara impugnata dalla Elitaliana S.r.l. con motivi aggiunti al ricorso esperito dinanzi al giudice di primo grado.

¹⁵ Per una approfondita analisi dell'istituto si veda G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001; A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, p. 699 ss.

logiche imprenditoriali¹⁶ e non si traduce in un profitto, bensì in un mero ristoro dei costi funzionali, oggetto di opportuna rendicontazione.¹⁷

L'elemento dell'interesse comune, infatti, verrebbe meno laddove tra le pubbliche amministrazioni partecipanti all'accordo si riscontri che una intende avvalersi delle prestazioni delle altre, dietro pagamento di un corrispettivo.¹⁸

Da ultimo, l'art. 5, comma 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, dopo aver ribadito le condizioni sancite dall'art. 15 della legge n. 241 del 1990, prevede, altresì, che un accordo concluso esclusivamente tra due o più amministrazioni non rientra nell'ambito di applicazione del codice dei contratti pubblici¹⁹ laddove le amministrazioni partecipanti svolgano sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione.²⁰

La sentenza impugnata, nello specifico, ha evidenziato il difetto di "obiettivi in comune" e di "cooperazione tra enti pubblici" data l'estraneità dell'ENAC rispetto all'interesse pubblico tutelato dall'affidataria e, più in generale, all'attività oggetto di concessione.

Diversamente, la pronuncia in commento osserva, in linea con quanto rilevato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea²¹, che il requisito dell'interesse comune sotteso all'esercizio di una funzione o di un servizio pubblico non si ravvisa esclusivamente quando quest'ultimo sia comune agli Enti, ma anche laddove le parti dell'accordo intendano realizzare una "*collaborazione istituzionale per lo svolgimento di attività di interesse pubblico comuni*", a meno che tali attività, oltre ad essere reperibili sul mercato, abbiano un contenuto patrimoniale.²² Nel caso esaminato

¹⁶ L'accordo deve avere ad oggetto attività che, oltre ad essere erogata da una struttura pubblica, sia anche priva di una connotazione imprenditoriale come interpretata, nel senso più ampio del termine, dalla giurisprudenza unionale Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 25 gennaio 2012 n. 324 e sez. V, sentenza 13 luglio 2010 n. 4539.

¹⁷ In questo senso Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 15 luglio 2013 n. 3849: "*Come nel contratto, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune*".

¹⁸ Consiglio di Stato, sez. V, sentenza del 16 settembre 2011 n. 5207.

¹⁹ Per l'approfondimento in merito alla differenza tra accordi tra pubbliche amministrazioni e contratti pubblici, si veda S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; R. FERRARA, *Art. 15. Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011.

²⁰ Si tratta di un limite analogo a quello dell'*in house* (forma di partenariato pubblico-pubblico verticale) in cui l'attività che deve essere svolta a favore dell'amministrazione si sostanzia in almeno l'80% del totale e il fatturato realizzato sul libero mercato non può aumentare il 20%.

²¹ La Corte di Giustizia dell'Unione europea, sez. IV, sentenza 28 maggio 2020, C-796/18, *ISE mbH/Stadt Köln*, dopo aver ribadito che le amministrazioni sono libere di fornire congiuntamente i rispettivi servizi pubblici, precisa che i medesimi servizi forniti possono essere diversi, benché complementari. Pertanto, il requisito della "*cooperazione*" deve essere inteso come "*impegno cooperativistico*" teso alla migliore esecuzione dell'interesse pubblico. Sulla stessa linea si pone la citata sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea con la sentenza del 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione/Germania*, nella quale si legge che "*l'elaborazione di una dimensione intrinsecamente collaborativa, che è assente in una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico rientrante nelle norme previste dalla direttiva 2014/24*".

²² Sul punto precisa il Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 marzo 2017 n. 1418: "*come nel contratto, le amministrazioni pubbliche stipulanti partecipano all'accordo ex art. 15 in posizione di equiordinazione, ma non già al fine di comporre un conflitto di interessi di carattere patrimoniale, bensì di coordinare i rispettivi ambiti di intervento su oggetti di interesse comune [omissis] il quale coordinamento può anche*

dalla terza sezione del Consiglio di Stato, le aree demaniali sono state concesse da ENAC, che è organo preposto alla tutela della sicurezza negli aeroporti e di controllo nel settore dell'aviazione civile, ad Ares 118, soggetto istituzionalmente deputato a curare la gestione e il coordinamento dell'attività di HEMS.²³ In questo senso, l'ente concedente non può definirsi estraneo all'interesse pubblico collegato allo svolgimento del servizio di eliosoccorso²⁴ giacché, ricoprendo le vesti di Autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, persegue l'interesse al corretto e ordinato svolgimento anche delle attività HEMS.²⁵

Gli interessi istituzionalmente perseguiti da ENAC e Ares 118, in definitiva, pur non definibili come coincidenti, sono tra di loro complementari.²⁶ Tale connotato non osta alla configurabilità dell'"interesse comune" richiesto dalla normativa sugli accordi tra pubbliche amministrazioni, dato che il preminente interesse alla salute e, dall'altro lato, l'interesse all'ordinato svolgimento del trasporto aereo sono strettamente funzionali al perseguimento della migliore esecuzione del servizio di eliosoccorso.²⁷

In relazione al vantato carattere oneroso della concessione, la sentenza in esame rileva che Ares 118 non beneficia di alcun riconoscimento di carattere economico in forza dell'atto annullato su pronuncia del T.A.R. Il canone compensativo reso ad ENAC per l'uso speciale del bene, infatti, non assume i connotati di un "utile" nell'accezione imprenditoriale del termine. L'assenza di ogni presunto vantaggio economico in favore della concessionaria comprova ed enfatizza la dimensione cooperativistica in cui muovono ENAC e Ares 118 e l'assenza di pregiudizio alla concorrenza.

implicare la regolamentazione di profili di carattere economico, ma come necessario riflesso delle attività amministrative che in esso sono interessate"

²³ A norma dell'art. 4 della Legge reg. n. 9 del 2004, comma 1, infatti, l'ARES 118 "espleta le attività di gestione e coordinamento della fase di allarme e di risposta extraospedaliera alle emergenze sanitarie, ivi compresa l'emergenza neonatale, di trasporto del sangue, degli organi e di trasporti secondari legati al primo intervento".

²⁴ In merito all'individuazione della giurisdizione, si ricorda che la materia degli accordi pubblici è esclusivamente riservata al giudice amministrativo anche laddove la convenzione abbia ad oggetto il diritto alla salute, precisando che la giurisdizione amministrativa fornisce il medesimo grado di tutela e protezione dei diritti fondamentali garantito dal giudice ordinario. Cfr. Cassazione civ. sez. un., sentenza 3 giugno 2015 n. 11376; Cassazione civ., sez. un., sentenza 3 giugno 2015 n. 11376; Cassazione civ. sez. un., sentenza 12 marzo 2015 n. 4948; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza, 18 marzo 2015 n. 1400.

²⁵ Sul punto G.M. RACCA, *op. cit.*, osserva che "gli interessi pubblici sottesi agli accordi non sono necessariamente caratterizzati da uguale dignità. Risulta evidente [omissis] che gli interessi sottesi all'accordo non possono coincidere con l'integralità degli interessi attribuiti ad una delle parti dell'accordo, superandosi in tale ipotesi la necessità della separazione tra le stesse". Cfr. anche N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, p. 453 ss.

²⁶ Cfr. G.M. RACCA, *op. cit.*, in cui si ricorda che gli accordi pubblici di questa tipologia vengono definiti "orizzontali" proprio perché conclusi da parti pubbliche in posizione di equiordinazione "benché possano essere conclusi fra amministrazioni con caratteristiche e funzioni differenti, chiamate a perseguire interessi non paraordinati".

²⁷ Peraltro, la sentenza evidenzia come la sussistenza del requisito della "collaborazione" sia evincibile, altresì, dalla nota del Direttore centrale Economia e Vigilanza Aeroporti ENAC del 24 gennaio 2020 e indirizzata, tra gli altri, proprio alla regione Lazio e ad Ares 118, con cui si dà evidenza della interlocuzione con lo Stato Maggiore dell'Aeronautica volta a "fornire il supporto alla Regione per le finalità di pubblico interesse in parola" e la ponderazione in atto circa l'opportunità di trasferire i sedimi interessati alla Regione".

3. Considerazioni conclusive: la tutela della concorrenza tra co-organizzazione amministrativa e principio del risultato

La sentenza in commento affronta determinate questioni che si innervano nel più generale processo di riqualificazione del rapporto tra i principi della concorrenza e del mercato ed i principi di solidarietà, efficienza e razionalizzazione delle risorse amministrative.

Incasellata tale relazione in termini di alternatività e non di conflittualità, la tutela della concorrenza non determina, *a fortiori*, la preclusione di qualsiasi erogazione dei servizi con strumenti diversi dalla esternalizzazione²⁸. Ciò vale, soprattutto, nelle ipotesi in cui debbano essere valutate altre esigenze rispetto al bene “concorrenza”.

Questo passaggio è stato recentemente posto in evidenza dalla Corte costituzionale²⁹ con riferimento, in particolare, agli affidamenti a enti *no-profit* del terzo settore.

Nella pronuncia citata, la Consulta osserva che possono sussistere solide ragioni, anche costituzionalmente rilevanti, che giustifichino l'affidamento di servizi di interesse generale in regime di co-amministrazione e le medesime argomentazioni possono essere spese in merito alle forme di partenariato pubblico-privato o pubblico-pubblico.

La diffidenza verso questi paradigmi alternativi all'esternalizzazione sorge anche in considerazione della definizione di operatore economico elaborata dall'ordinamento unionale la quale non postula la natura privata del soggetto, non coincide con la nozione di impresa e, parimenti, non postula lo scopo di lucro. Nella prospettiva delineata nel panorama sovranazionale, in definitiva, l'operatore economico è qualsiasi soggetto in grado di erogare la prestazione oggetto della gara, anche se si tratta di un ente pubblico.³⁰

Per tale ragione, come ricordato dalla sentenza annotata, gli accordi pubblici che realizzano forme di cooperazione tra amministrazioni giudicatrici sfuggono alle regole della gara solo in quanto permeati da una logica cooperativa volta alla realizzazione di un interesse condiviso.

Le considerazioni avanzate dal Consiglio di Stato nel corso della trattazione di questo istituto rappresentano una interessante occasione per passare in rassegna, seppur brevemente, i principali passaggi che hanno portato a superare la generale diffidenza nei confronti dei modelli di affidamento di servizi alternativi alla concorrenza alla luce, in primo luogo, di una rilettura delle statuizioni previste dalle direttive e interpretate dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, e, in secondo luogo, dell'analisi condotta sullo schema del nuovo codice dei contratti pubblici.

²⁸ La stessa direttiva 2014/24/UE del parlamento europeo e del consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE (GUUE L94/65), dispone, all'art. 1, paragrafo VI, che sono esclusi dall'applicazione della disciplina europea sugli appalti pubblici “*gli accordi, le decisioni o altri strumenti giuridici che disciplinano i trasferimenti di competenze e responsabilità per la realizzazione di compiti pubblici tra amministrazioni aggiudicatrici o associazioni di amministrazioni aggiudicatrici e non prevedono una remunerazione in cambio di una prestazione contrattuale (86) con disposizione che, nell'ordinamento nazionale, va interpretata come integrativa della disposizione in base alla quale “le amministrazioni pubbliche possono sempre concludere tra loro accordi per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune”.*”

²⁹ Corte costituzionale, sentenza 18 ottobre 2022 n. 213.

³⁰ Più in particolare, integra un appalto pubblico quel rapporto contrattuale con un operatore economico, connotato da una prestazione avente contenuto oneroso e concluso in forma scritta. Si applica la normativa comunitaria ogni qualvolta alla domanda pubblica corrisponde un'offerta da “*un'organizzazione terza*”, che può ben presentarsi nelle vesti di pubblico potere, in quanto rileva esclusivamente l'intenzione di soddisfare “*una domanda economica di un'amministrazione aggiudicatrice*”. Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 18 maggio 2015 n. 2515.

Sotto il primo profilo, una prima erosione si è registrata dopo il parziale superamento della disciplina restrittiva in merito all'*in house providing*, la quale imponeva un regime di motivazione talmente rafforzato in caso di mancata esternalizzazione del servizio, che si esauriva, in linea generale, nella prospettazione di un fallimento di mercato. In direzione opposta sembra invece muovere il legislatore attuale nell'ambito dell'attuazione del Piano Nazionale di Resistenza e Resilienza, laddove incentiva la pubblica amministrazione a ricorrere all'*in house* per compiti tecnico operativi relativi all'attuazione degli investimenti, incentrando gli obblighi motivazionali sulla maggiore economicità rispetto all'acquisizione di quel servizio mediante una gara di evidenza pubblica.³¹

Questo processo di erosione che, seppur lievemente, scardina l'incondizionata tutela della concorrenza si inserisce altresì nelle maglie dello schema del nuovo codice dei contratti pubblici il quale, enfatizzando già nell'articolo di apertura il principio del risultato,³² sembra reinterpretare la concorrenza non come un "fine", bensì come uno strumento per assicurare un più alto livello di qualità nella realizzazione della prestazione e nel perseguimento dell'interesse pubblico.

Parallelamente, si assiste alla – ormai definitiva – apertura alla concorrenza della concessione dei beni demaniali, laddove questi ultimi rappresentino risorse limitate e la relativa gestione integri un'occasione di guadagno.

Le argomentazioni spese nella sentenza in commento, pertanto, hanno tracciato un interessante percorso di sintesi perimetrato, da un lato, dalla necessità di salvaguardare la concorrenza e la parità di trattamento in materia di concessioni demaniali e, dall'altro, dall'importanza di far confluire in una direzione comune le risorse disponibili in capo a ciascuna amministrazione, al fine di garantire un più elevato *standard* qualitativo nella prestazione dei servizi di pubblico interesse.

³¹ Del resto, lo stesso ordinamento unionale non postula una preferenza incondizionata verso il ricorso al mercato rispetto all'internalizzazione, ritenendo che l'amministrazione debba esternalizzare solo laddove non sia in grado di organizzarsi con le proprie risorse (si veda l'ordinanza della Corte di Giustizia, sez. IX, 6 febbraio 2020, nelle cause riunite C-89/19 e C-91/19, *Rieco S.p.A. / Comune di Lanciano* sulle questioni pregiudiziali proposte dal Consiglio di Stato, sezione V, con ordinanze di remissione n.138 del 7 gennaio 2019 n. 293 del 14 gennaio 2019 e n. 296 del 15 gennaio 2019. Cfr. G. M. RACCA, *op. cit.*: "il diritto europeo [riconosce] la libertà di decidere il modo migliore per gestire le proprie attività. L'adempimento di compiti di pubblico interesse esclude il necessario ricorso ad entità esterne all'organizzazione pubblica, perciò, consentendo la scelta di attuare cooperazioni con altri soggetti pubblici, anche a prescindere dalla costituzione di un apposito organismo controllato".

³² Articolo 1 proposto da Consiglio di Stato nello schema definitivo di "Codice di contratti pubblici" in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022 n. 78, rubricato "Principio del risultato": "1. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza.

2. La concorrenza tra gli operatori economici è funzionale a conseguire il miglior risultato possibile nell'affidare ed eseguire i contratti. La trasparenza è funzionale alla massima semplicità e celerità nella corretta applicazione delle regole del codice e ne assicura la piena verificabilità.

3. Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

4. Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto, nonché per:

a) valutare la responsabilità del personale che svolge funzioni amministrative o tecniche nelle fasi di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione dei contratti;

b) attribuire gli incentivi secondo le modalità previste dalla contrattazione collettiva".

Note a sentenza

Il reato di disastro aviatorio alla luce della recente giurisprudenza*

Marco Di Giugno

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

Abstract

The crime of "aviation disaster" in the light of the recent case-law.

The crime of "aviation disaster" presupposes a serious and complex event such as to determine a concrete situation of danger for "Public Safety" in the sense of the recurrence of a judgment of probability relating to the attitude of the fact to damage or endanger a number of unidentifiable persons, even if belonging to specific categories of persons (for example passengers of a commercial aircraft).

Parole chiave: disastro aviatorio; pubblica incolumità; pericolo concreto; artt. 428 e 449 c.p.

Sommario — 1. Nozione di disastro aviatorio — 2. Gli elementi costitutivi del disastro aviatorio — 2.1 La pubblica incolumità – 2.2. Il pericolo concreto – 3. L'utilizzo della valutazione del rischio aeronautico quale parametro per la rilevanza penale del fatto – 4. Conclusioni

1. Nozione di disastro aviatorio

La sentenza del Tribunale Ordinario di Cagliari (n. 789/2021 ud. 12 Marzo 2021, dep. 10 Giugno 2021) offre un prezioso spunto di riflessione in materia di disastro aviatorio colposo ai sensi del combinato disposto degli artt. 428 e 449 c.p.

Il codice penale prevede una pluralità di ipotesi di disastro dalla cui lettura sistematica si ricava una nozione unitaria del "disastro" penalmente rilevante. Il riferimento è alle disposizioni codicistiche in materia di delitti contro la pubblica incolumità, che sanzionano un'ampia gamma di disastri naturali e non naturali, cagionati dall'uomo.

* Sottoposto a referaggio.

La nozione di “disastro” ricorre al capo I e III, titolo VI, libro II c.p. nell’ambito dei delitti contro la pubblica incolumità – delitti di comune pericolo – realizzati mediante violenza. Essa costituisce una peculiare modalità di tipizzazione del pericolo comune, il quale, a sua volta, rappresenta la forma tipica di offesa alla pubblica incolumità.

Sotto il profilo sistematico, nella disciplina del codice penale, la nozione di “disastro” viene in rilievo in termini di accadimento lesivo di vaste proporzioni, astrattamente idoneo a porre in pericolo la pubblica incolumità. Esso consiste cioè in un macro-evento di modificazione o danneggiamento di cose, che si estende in senso dinamico verso l’offesa all’integrità fisica o alla vita di un numero indeterminato di persone¹ e che deve essere innescato da una condotta violenta.

Nelle fattispecie incriminatrici che concorrono a delineare tale nozione giuridica è infatti costante il configurarsi del disastro come avvenimento grave, complesso, di vaste proporzioni e proiettato in direzione dell’offesa all’incolumità pubblica. Ciò, tanto allorché esso rilevi come evento costitutivo del reato (frana, inondazione, disastro aviatorio etc.), quanto ove esso rappresenti un evento possibile, conseguenza di forme di danneggiamento particolarmente gravi, vuoi per la tipologia della condotta che le hanno cagionate, vuoi per la natura delle cose su cui è ricaduta la condotta stessa² (artt. 424, 427, 429, 431 c.p.).

Il disastro aviatorio è stato positivizzato dal codice Rocco nel 1930 ed è stato rubricato, all’interno del libro VI, all’art. 428 c.p. il quale afferma che: “Chiunque cagiona il naufragio o la sommersione di una nave o di un altro edificio natante, ovvero la caduta di un aeromobile, di altrui proprietà, è punito con la reclusione da cinque a dodici anni. La pena è della reclusione da cinque a quindici anni se il fatto è commesso distruggendo, rimuovendo o facendo mancare le lanterne o altri segnali, ovvero adoperando falsi segnali o altri mezzi fraudolenti. Le disposizioni di questo articolo si applicano anche a chi cagiona il naufragio o la sommersione di una nave o di un altro edificio natante, ovvero la caduta di un aeromobile, di sua proprietà, se dal fatto deriva pericolo per la incolumità pubblica”.

All’interno del codice si rinvengono diverse sub-categorie dei reati di pericolo, le quali possono essere suddivise in: reati di pericolo c.d. concreto; reati di pericolo c.d. presunto; reati di pericolo indiretto.

I reati di pericolo concreto non destano particolari perplessità interpretative; infatti, qualora un evento o una condotta abbiano ingenerato il rischio concreto di una lesione al bene giuridico tutelato, il Legislatore anticipa la tutela penale dalla realizzazione del fatto tipico previsto dalla norma, alla semplice concreta messa in pericolo dello stesso e non alla lesione effettiva del bene giuridico. Diverso è il caso dei reati di pericolo presunto ove il Legislatore individua, a priori, specifici comportamenti come fonti di pericolo penalmente rilevante. Ciò accade in relazione a beni giuridici di particolare rilevanza e per condotte caratterizzate da una pericolosità così immediata e diffusa, da giustificare l’anticipazione della tutela penale. I reati di pericolo indiretto, invece, sono quelli in cui il Legislatore anticipa ulteriormente la tutela penale arretrandola al momento in cui sorge il c.d. “pericolo del pericolo” di lesione di un bene giuridico. Tale anticipazione quindi è ancora anteriore a quella del tentativo, essendo volta ad incriminare atti che in genere hanno rilevanza meramente preparatoria.

¹ S. ARDIZZONE, voce *Comune pericolo (delitti colposi di)*, in *Dig. pen.*, II, Torino, 1988, p. 393.

² S. RIONDATO, *Commento all’art. 422 c.p.*, in M. RONCO, B. ROMANO (a cura di), *Codice penale commentato*, Milano, 2012, p. 2148 ss.

2. Gli elementi costitutivi del disastro aviatorio

Fatte queste doverose premesse sulla nozione di disastro aviatorio, si può procedere con una più approfondita disamina del delitto trattato dalla sentenza oggetto del presente scritto, al fine di comprendere in quali di queste categorie esso si posizioni.

La nozione unitaria di disastro ricavabile dalle disposizioni codicistiche implica il verificarsi di un avvenimento materiale di straordinaria gravità, complessità ed estensione, dal quale discenda la messa in pericolo della pubblica incolumità.

Secondo tale impostazione, il disastro aviatorio necessiterebbe della contemporanea presenza sia dell'elemento quantitativo del fatto lesivo, sia di un requisito di tipo qualitativo. Il primo – l'elemento quantitativo – è un contrassegno oggettivo del fatto lesivo che si individua nella particolare gravità dell'evento distruttivo (o dello stato di modificazione delle cose) dovuta all'estensione e alla serietà dei danni cagionati.³

Il requisito di tipo qualitativo discende invece dal fatto che il disastro costituisce una modalità del pericolo comune nei confronti della incolumità pubblica, la quale può realizzarsi soltanto quando il danneggiamento o la distruzione di porzioni non comuni (elemento oggettivo) abbiano provocato una condizione di pericolo concreto per la vita o l'incolumità fisica di un numero indeterminato di persone, senza che peraltro sia richiesto anche l'effettivo verificarsi della morte o delle lesioni.⁴

A questo punto, occorre, pertanto, concentrare l'attenzione sugli elementi costitutivi del predetto delitto: aver intaccato la "pubblica incolumità" e aver determinato un "pericolo in concreto".

2.1 La pubblica incolumità

La "pubblica incolumità" ha sempre rappresentato una sfida nell'opera dell'interprete del diritto, ciò a causa della definizione evanescente, o meglio assente, del bene giuridico "incolumità pubblica". Invero, per ricavarne una definizione occorre risalire alla relazione al Codice Penale, in cui lo stesso Rocco precisa espressamente che la parola "incolumità", deve essere intesa *strictu sensu*, ovvero avendo riguardo per il solo bene giuridico "vita ed integrità della persona", escludendo di converso i beni patrimoniali. La definizione del Guardasigilli, tuttavia, risolve solo in parte il *thema decidendum*, infatti, posto che si sta disquisendo dell'integrità della persona, occorre specificare tra l'aspetto pubblicistico e l'aspetto privatistico del concetto di incolumità della persona. Pare corretta una definizione di "pubblico" non operata per sottrazione, ovvero "pubblico" non è tanto tutto ciò che non è privato, ma bensì deve ritenersi "pubblico" ciò che abbia una diffusione in termini quantitativi e qualitativi tale da afferire un numero non preventivamente determinabile di soggetti, nel caso di specie: arrecare pregiudizio all'incolumità di un numero non preventivamente determinabile di soggetti. Tuttavia, pur in presenza di tali chiarimenti, il bene giuridico tutelato risulta comunque connotato da marcati tratti di indeterminazione.

Ciò posto, sempre preliminarmente rispetto alla disamina della problematica centro del presente elaborato, appare opportuno comprendere se, al fine di ingenerare un

³ S. CORBETTA, *Delitti contro la pubblica incolumità, I, Delitti di comune pericolo mediante violenza*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Trattato di diritto penale, pt. spec.*, Padova, 2003, p. 630.

⁴ S. ARDIZZONE, *La fattispecie obiettiva del crollo colposo di costruzioni*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, p. 794; L. GIZZI, *Crollo di costruzioni ed altri disastri dolosi*, in A. CADOPPI, S. CANESTRARI, A. MANNA, M. PAPA (a cura di), *Trattato di diritto penale, Parte speciale*; R. PALAVERA, *Disastro e pericolo di disastro*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 814.

intervento penale, sia necessaria la verifica dell'effettiva lesione della "pubblica incolumità", oppure se, per la peculiare categoria di delitti in oggetto, sia sufficiente una costruzione dell'offesa in termini di pericolo. Tale ultima concezione è ormai pacifica in giurisprudenza, nonché prevalente in dottrina. Tuttavia, la predetta configurabilità della fattispecie in termini di pericolo porta ad un'anticipazione della tutela penale e, con essa, a problemi di non poco momento legati al principio di offensività, ciò anche a cagione dei forti connotati di indeterminatezza della normativa in parola. Risulta, dunque, imprescindibile stabilire quale sia il pericolo sanzionato penalmente dal Legislatore, perché da ciò deriva l'ampiezza più o meno estesa della portata del dettato penale.

Memori di quanto già affermato sul concetto di "pubblica incolumità", ed in assenza di un intervento chiarificatore da parte del Legislatore, è stato necessario ricorrere all'opera di supplenza della giurisprudenza al fine di comprendere l'esatta portata del bene giuridico tutelato in relazione al disastro aviatorio. Invero, nonostante la scarsa casistica, la Suprema Corte ha contribuito in maniera profonda a fornire delle linee interpretative chiare che delineino la c.d. "pubblica incolumità" relativamente al reato di cui all'art. 428 c.p. Infatti, gli Ermellini, in relazione al concetto stesso di "disastro" anche avulso dal reato in analisi, hanno preliminarmente affermato che: *"rilevato che nella comune accezione del termine la parola "disastro" indica un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, una sciagura capace di provocare danni di vaste proporzioni, [...] - attraverso le quali il legislatore ha inteso proteggere beni primari dell'uomo, come la vita, l'integrità fisica, la salute - che evocano eventi di straordinaria potenzialità distruttiva (quali crolli, incendi, frane, disastri ferroviari ed aerei, naufragi) astrattamente in grado di coinvolgere un numero non individuabile di persone. Si tratta, quindi, di eventi di tale gravità e complessità da determinare, in vista del potenziale distruttivo e diffusivo di cui sono portatori, una concreta situazione di pericolo per la pubblica incolumità, nel senso della ricorrenza di un giudizio di probabilità relativo all'attitudine di taluni eventi a ledere o a mettere in pericolo un numero non individuabile di persone"*.⁵

La predetta ricostruzione ermeneutica della Suprema Corte, chiarendo cosa si intende per "disastro", ha segnato un punto fisso a favore dell'interprete del diritto, poiché ha, di fatto, definito l'entità del bene giuridico tutelato da tutta la categoria dei reati afferenti ai "disastri" eliminando, almeno in parte, l'indeterminatezza e la grande relativizzazione cui si prestava tale categoria. Non solo, il Supremo Collegio, spostando l'attenzione specificamente sul delitto oggetto della presente disamina, ha avuto modo di fornire dei parametri oggettivi chiari, in relazione alla lesione del bene giuridico della "pubblica incolumità", per poter individuare gli elementi caratterizzanti il disastro aviatorio. Invero, è stato rimarcato come: *"non integra il reato qualsiasi precipitare a terra (di un aeromobile) governato dalla sola forza di gravità ma va accertato, alla luce degli elementi concretamente determinatisi, quali le dimensioni del mezzo, il numero dei passeggeri che può essere trasportato, il luogo effettivo di caduta, l'espansività e la potenza del danno materiale, se il fatto era in grado di esporre a pericolo l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone"*.⁶ Per l'effetto, gli elementi da valutare risultano essere sostanzialmente: le dimensioni del mezzo; il numero dei passeggeri che il velivolo coinvolto può trasportare; il luogo effettivo della caduta del velivolo; l'espansività e la portata del danno materiale causato. Questi, in giurisprudenza, sono gli

⁵ Corte di Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 5 febbraio 2015 n. 5397.

⁶ Corte di Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 21 settembre 2012 n. 36639.

elementi che consentono di valutare se il fatto poteva ledere o meno il bene giuridico tutelato dalla norma.⁷

2.2 Il pericolo in concreto

Il “pericolo”, come ampiamente noto, è un concetto di relazione che associa una condotta ad un possibile danno all’interesse giuridico tutelato dalla norma incriminatrice: l’offesa - contenuto di un reato, infatti, può alternativamente estrinsecarsi in un danno (effettivo) o, appunto, in una messa in pericolo (vale a dire, un danno potenziale) di tale bene - interesse. I reati di pericolo, inoltre, possono suddividersi in reati di pericolo concreto e reati di pericolo presunto.⁸

Nei reati di pericolo concreto, il pericolo è elemento di una fattispecie e la sua esistenza deve essere accertata “in concreto” dal giudice, che, in assenza di prova a riguardo, non può condannare il soggetto agente; anche nei reati di pericolo astratto il pericolo è elemento di fattispecie, ma, mentre nei reati di pericolo concreto l’elemento del pericolo è cronologicamente successivo alla condotta, nei reati di pericolo astratto esso è invece rispetto ad essa precedente o contestuale, potendo caratterizzare la condotta, il suo oggetto materiale o potendo costituire un suo presupposto. Per questi motivi, i reati di pericolo astratto e quelli di pericolo concreto sono anche chiamati, rispettivamente, reati a “condotta pericolosa” o di “pericolo – evento”.

Autorevole dottrina ha posto in evidenza diversi criteri di accertamento della presenza del pericolo in queste due categorie: infatti, nei reati di pericolo astratto potrebbe applicarsi il criterio c.d. della “prognosi postuma”, in base al quale la presenza del pericolo dovrebbe essere verificata con esclusivo riferimento agli elementi precedenti o contestuali alla condotta, ma non a quelli rispetto ad essa successivi, di cui si farebbe “astrazione”. Inoltre, al fine di accertare l’elemento soggettivo, potrebbero assumere rilievo soltanto gli elementi conoscibili da un osservatore medio esterno, oltre a quelli ulteriori eventualmente conosciuti dall’agente stesso. Con riferimento ai reati di pericolo concreto, invece, sarebbero da tenere in considerazione anche gli elementi successivi alla condotta, a patto che siano, naturalmente, precedenti rispetto all’eventuale danno conseguente.⁹

Di conseguenza, una volta qualificato l’evento nei suoi elementi strutturali, l’operatore del diritto deve identificare quale sia il tipo di pericolo richiesto dalla norma penale in esame. Sovviene in aiuto la già citata sentenza della IV sezione penale ove gli Ermellini, pur non ignorando l’orientamento secondo cui il reato di disastro aviatorio sia un reato di pericolo presunto, consegnando, il predetto orientamento alla storia, fugano ogni eventuale dubbio residuo in merito alla natura del pericolo richiesto per l’integrazione del delitto. L’estensore, infatti, afferma che: “*La fattispecie descritta sub art. 428, comma 1, integrerebbe, quindi, un’ipotesi di reato di pericolo presunto, sul rilievo che la caduta di un aeromobile provoca comunque allarme e determina situazioni di generale pericolo, di guisa che, ai fini della sussistenza del delitto in questione, non occorre che il giudice accerti che la caduta dell’aeromobile abbia posto in pericolo la*

⁷ Cfr. D. FIORDALISI, *Sul pericolo per la pubblica incolumità*, in *Cassazione Penale*, n. 11, 1 novembre 2020, p. 4399.

⁸ Cfr. F. ANGIONI, *Il pericolo concreto come elemento della fattispecie penale. La struttura oggettiva*, in *Raccolta di Studi di diritto penale fondata da Delitala e diretta da Crespi*, Milano, 1994, p. 97 ss.

⁹ M. GALLO, *I reati di pericolo*, in *Foro pen.*, 1969, p. 4. vd. anche F. ANGIONI, *Il pericolo concreto*, cit., p. 210 s. L’Autore, parlando di pericolo generico, conferma che la base del giudizio subisce alcune limitazioni, basandosi su una qualche astrazione (o generalizzazione).

pubblica incolumità. Tale interpretazione, tuttavia, è stata, da alcun tempo, da questa Corte riconsiderata, nel senso che è stato ritenuto necessario che la situazione di pericolo che comunque rappresenta il presupposto al quale si ricollega la fattispecie in esame, debba comunque presentare una pur apprezzabile concretezza, in qualche modo idonea a generare una condizione di pericolo per la pubblica incolumità. Si è quindi inteso sostituire a concetto di pericolo presunto quello di pericolo astratto, di un pericolo, cioè, che presenti la concreta potenziale idoneità a determinare una situazione di pericolo per la vita, l'integrità fisica, la salute delle persone".¹⁰

Il sopracitato arresto giurisprudenziale si innesta nel solco già tracciato dalla Suprema Corte: *"l'effettività della capacità diffusiva del nocumento (cd. pericolo comune) deve essere accertata in concreto"*¹¹ contribuendo a dare solidità al predetto orientamento in termini di prevedibilità dell'applicazione della norma penale *ex art. 7 CEDU*. Alla luce di quanto sopraesposto si può affermare che, i giudici di legittimità, esplicitando la loro funzione nomofilattica, hanno chiarito che il delitto di cui all'art. 428 c.p. sia un reato di "pericolo concreto".

In conclusione, si può affermare che il reato di "disastro aviatorio" presuppone un avvenimento grave e complesso tale da determinare una concreta situazione di pericolo per la "pubblica incolumità" nel senso della ricorrenza di un giudizio di probabilità relativo all'attitudine del fatto a ledere o a mettere in pericolo un numero non individuabile di persone, anche se appartenenti a categorie determinate di soggetti (ad esempio i passeggeri di un aeromobile commerciale).

Per l'effetto, l'operatore del diritto dovrà, di volta in volta, verificare l'idoneità oggettiva delle caratteristiche strutturali dei mezzi coinvolti nel sinistro, nonché la gravità degli eventi al fine di sussumere se vi possa essere la messa in pericolo del bene giuridico "pubblica incolumità", successivamente occorrerà verificare se, per caratteristiche contingenti, la messa in pericolo risponda ai canoni del "pericolo concreto". Ne discende che il processo di valutazione degli elementi probatori, si svolge in due fasi distinte ma parzialmente sovrapponibili: in primis l'operatore del diritto dovrà compiere un giudizio *ex ante*, ovvero, alla luce dei fattori conosciuti e conoscibili da parte dell'agente, prima che il fatto si verificasse, sull'astratta idoneità degli elementi coinvolti ad ingenerare un "disastro" nel senso sopraindicato. In *secundis* occorrerà verificare se il fatto, in relazione agli elementi contingenti, sia in grado di esporre ad un pericolo concreto l'integrità fisica di un numero indeterminato di persone. Va rimarcato come, ad orientare lo sforzo ermeneutico dell'interprete, sovviene una recente pronuncia della Suprema Corte, la quale, nel confermare una sentenza sull'insussistenza del reato di cui all'art. 428 c.p., ha affermato che: *"La Corte territoriale, con una valutazione dei fatti coerente, argomentata, logica ed aderente alle risultanze probatorie ha affermato, con un giudizio insindacabile in questa sede, l'assenza degli indici sintomatici elencati dalla richiamata giurisprudenza e ha escluso che nel caso concreto l'incidente abbia, pertanto, provocato un reale pericolo di danno per l'integrità fisica e la vita di un numero non determinabile di persone, creando quindi un concreto rischio per la incolumità pubblica. Pertanto vanno condivise le valutazioni, coerenti e non illogiche, svolte in modo concorde dalla Corte di Appello circa il mancato concreto pericolo per la pubblica incolumità, con valutazione effettuata ex ante, e quindi in ordine alla*

¹⁰ Corte di Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 5 febbraio 2015 n. 5397.

¹¹ Corte di Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 18 maggio 2007 n. 19342.

configurabilità del delitto contestato, e ciò in relazione alle dimensioni del mezzo, al numero di passeggeri, al luogo effettivo di caduta ecc.”¹²

Giova ricordare, inoltre, come tale orientamento sia stato già sostenuto dalla Suprema Corte¹³: *“ai fini della configurabilità del delitto di disastro aviatorio colposo, costituente un reato di pericolo astratto, va comunque verificata l’offensività del fatto alla luce del criterio della “contestualizzazione dell’evento”, con giudizio “ex ante”, nel senso che occorre verificare dalla visuale di un osservatore avveduto, posto nella stessa situazione materiale dell’agente, e dunque, alla luce degli elementi concretamente determinatisi (quali le dimensioni del mezzo, il numero di passeggeri che può essere trasportato, il luogo effettivo di caduta ecc.) se il fatto era in grado di esporre a pericolo l’integrità fisica di un numero indeterminato di persone, richiedendosi, nella specie, la verosimiglianza della presenza di un numero indeterminato di persone nella sfera di esplicazione del fatto. (Nella fattispecie la Corte ha escluso la configurabilità del reato contestato, perchè si trattava di un piccolo velivolo, a bordo del quale viaggiavano solo tre persone, e la caduta dell’aeromobile era avvenuta nella fase terminale dell’atterraggio)”*.

3. L’utilizzo della valutazione del rischio aeronautico quale parametro per la rilevanza penale del fatto

Ciò posto, prima di procedere alla disamina della sentenza del capoluogo sardo, si rimarca come, al fine di garantire una maggiore uniformità di giudizio, e dotare il giudice penale di uno strumento scientifico per la valutazione del pericolo, sia stato recentemente sostenuto che potrebbe essere implementato il Sistema Europeo di Classificazione dei Rischi (*European Risk Classification Scheme* o più semplicemente ERCS). Tale sistema, sarebbe estremamente utile nell’analisi del quadro probatorio in termini scientifici, ma soprattutto è idoneo a rappresentare una svolta nella classificazione e nell’analisi degli “eventi aeronautici”. Il sistema ERCS prende l’abbrivio dall’art. 7 comma 5 del regolamento (UE) n. 376/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, il quale afferma che: *“La Commissione, in stretta cooperazione con gli Stati membri e con l’Agenzia tramite la rete di analisti della sicurezza aerea di cui all’articolo 14, paragrafo 2, sviluppa un sistema comune europeo per la classificazione dei rischi al fine di consentire alle organizzazioni, agli Stati membri e all’Agenzia di classificare gli eventi in funzione dei rischi per la sicurezza”*. Sulla scorta di tale normativa europea è stato adottato il regolamento delegato (UE) 2020/2034 della Commissione del 6 ottobre 2020 (che integra il regolamento (UE) n. 376/2014), il quale contiene, per l’appunto, le norme regolatrici del Sistema Europeo di Classificazione del Rischio che consentono di classificare gli eventi in funzione dei rischi per la sicurezza.

Il predetto Sistema si prefigge l’ambizioso scopo di unificare i parametri di analisi e valutazione degli “eventi aeronautici” – in tutto il territorio dell’Unione Europea – attraverso una c.d. matrice di rischio. Invero, il predetto regolamento delegato, dopo aver definito l’ERCS all’art. 2 comma 1, n. 1 come *“la metodologia applicata per valutare, sotto forma di un punteggio di rischio per la sicurezza, il rischio per l’aviazione civile derivante da un evento”*, all’art. 3 esplicita come *“L’ERCS prende in considerazione il rischio per la sicurezza derivante da un evento e non il suo esito*

¹² Corte di Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 3 dicembre 2019 n. 50222.

¹³ Corte di Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 20 maggio 2014 n. 5397.

effettivo. In base alla valutazione di ciascun evento si determina l'esito peggiore possibile che l'evento avrebbe potuto provocare in caso di incidente e quanto l'evento si sia avvicinato a tale esito". Risulta *ictu oculi* come il predetto Sistema europeo non solo ben si attagli alla valutazione richiesta dal diritto penale, stante la necessità di accertare il c.d. "pericolo concreto" in relazione al bene giuridico "pubblica incolumità", ma fornendo dei parametri statistici matematici elaborati con una matrice di rischio consentirebbe di fugare buona parte dell'indeterminatezza intrinseca presente nella fattispecie delittuosa. Tale strumento, ovviamente, non vuole essere vincolante e limitante rispetto al principio del libero convincimento del giudice, ma come le prove scientifiche presenti in altri settori dell'ordinamento giuspenalistico, potrebbe essere un utile elemento valutativo che consentirebbe un avvicinamento a quei canoni costituzionali di certezza imposto al diritto penale.

4. Conclusioni

Per quanto concerne il caso in esame, in relazione a quanto testé affermato sulla natura di "pubblica incolumità" e sul *genus* del "pericolo" richiesto dalla norma, il Collegio giudicante sardo avrebbe potuto, probabilmente, spendere qualche parola in più in relazione alla configurabilità del reato di cui al combinato disposto degli artt. 428 e 449 c.p. Invero, a seguito della presente ricostruzione ermeneutica, nonché di quanto affermato dalla Suprema Corte, si potrebbe dubitare che, nel caso esaminato dal giudice del merito, si siano verificati quegli elementi tali da far ritenere integrato il delitto contestato.

Seguendo l'ordine di disamina suggerito della Suprema Corte¹⁴ sarebbe stato opportuno in primis valutare l'aeromobile in sé e per sé considerato. Infatti, si può affermare che la natura stessa dell'aeromobile coinvolto potrebbe indurre l'interprete a ritenere che lo stesso non sia *tout court* idoneo ad arrecare nocimento al bene giuridico tutelato. Invero, pare difficilmente sostenibile che un Rockwell Commander AC114B (con una massa massima al decollo di appena 1470 kg) sia idoneo, per la sua stessa natura - "*rilevato che nella comune accezione del termine la parola "disastro" indica un evento distruttivo di proporzioni straordinarie, una sciagura capace di provocare danni di vaste proporzioni*" - a cagionare un evento di proporzioni tali da poter essere considerato un "disastro aviatorio". In *secundis*, sempre per quanto attiene alla valutazione del mezzo, l'aeromobile risulta dotato di soli quattro posti (un pilota e tre passeggeri) e tale elemento, a bene vedere, è stato ritenuto dalla Suprema Corte non di per sé stesso idoneo ad incidere sul bene giuridico tutelato: "*Nella fattispecie la Corte ha escluso la configurabilità del reato contestato, perchè si trattava di un piccolo velivolo, a bordo del quale viaggiavano solo tre persone, e la caduta dell'aeromobile era avvenuta nella fase terminale dell'atterraggio*".¹⁵ In *tertiis*, non pare che l'evento abbia avuto una portata distruttiva tale da poter essere considerato un "disastro". Pertanto, dovendosi tenere conto degli elementi strutturali del mezzo, il numero di passeggeri, l'espansività e la potenza del danno, sarebbe stato necessario un supplemento di motivazione in relazione alla sussistenza del delitto. In ogni caso, anche a voler considerare questi elementi oggettivi idonei ad integrare un disastro così come tutelato dalla norma penale, sempre seguendo quanto affermato dalla Corte di Cassazione, sarebbe stato necessario verificare la rispondenza di quanto accaduto al

¹⁴ Corte di Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 3 dicembre 2019 n. 50222.

¹⁵ Corte di Cassazione Penale, sez. IV, sentenza 5 febbraio 2015 n. 5397.

“pericolo” richiesto dalla norma partendo dal “luogo effettivo di caduta”. Su questo punto, il Collegio giudicante ha affermato, come unico elemento a suffragio della causazione del “pericolo concreto”, che la caduta è avvenuta vicino ad una strada, e che tale strada sia stata raggiunta dalle fiamme.

Tale motivazione, tuttavia, potrebbe non risultare sufficiente a far considerare integrato il pericolo richiesto dal delitto contestato. Invero, con una *reductio ad absurdum*, se fosse sufficiente la morte dei passeggeri di un veicolo (un’automobile da cinque posti), ed il successivo propagarsi delle fiamme dal veicolo alla carreggiata, si renderebbe applicabile la fattispecie del disastro, seppur nella forma del disastro innominato *ex art. 434 c.p.*, ad un numero abnorme di sinistri (anche stradali), da cui poi si dipanano delle fiamme. Nel caso di specie inoltre, come peraltro affermato dal Collegio giudicante, l’aeromobile non è caduto sulla strada, bensì in una scarpata distante dalla stessa per poi finire in un canale di scolo. Vi è più, sempre da quanto si evince dalla sentenza: il sinistro è avvenuto in una zona di montagna distante da qualsivoglia centro abitato; non vi sono dati di traffico che facciano pensare che la strada fosse trafficata; non vi sono dati che facciano presupporre che tale strada sia usualmente congestionata. Pertanto, non risultando che potessero essere messe in pericolo un numero non determinabile di persone risulta difficile concordare con il Collegio giudicante, in merito alla sussistenza del disastro aviatorio colposo, per com’è strutturata la parte motiva della sentenza.

In conclusione, pur non escludendo aprioristicamente la correttezza della valutazione del Tribunale territoriale, nonostante qualche carenza in parte motiva, si rimarca che l’utilizzo dello strumento ERCS, anche solo in fase d’indagine, potrebbe consentire, in casi analoghi, la verifica di tutti i parametri dettati dalla Suprema Corte in relazione alla sussistenza del pericolo concreto, con un elevato grado di attendibilità scientifica. Per l’effetto si renderebbe decisamente più agevole la valutazione della fattispecie, nonché il lavoro dell’estensore della sentenza.

Note a sentenza

Continuità territoriale: i criteri per l'imposizione degli oneri di servizio pubblico nel trasporto aereo nella recente ricostruzione della giurisprudenza amministrativa*

Antonio Cecere

Avvocato, Funzionario Ispettivo ENAC

Abstract

Territorial continuity: public service obligations imposition criteria in aviation transport in the recent reconstruction of administrative jurisprudence.

This text deals with the issue of territorial continuity and about the reconstruction made by two administrative courts of the criteria for Public Service Obligations in aviation transport sector.

These two judgments are remarkable because of the capability of strictly describe limits beneath proceedings for the imposition of the Public Service Obligations, focusing, in particular, on the compatibility with European Law principles and, as matter of fact, with the State aid ban.

Parole chiave: Oneri di servizio pubblico, Continuità territoriale, Sindacato del G.A., Aiuti di Stato, Liberalizzazione delle tratte.

Sommario — 1. Gli oneri di servizio pubblico nel trasporto aereo — 2. La ricostruzione della sentenza n. 12045/2021 del TAR Lazio — 3. La pronuncia n. 8683/2022 del Consiglio di Stato — 4. Considerazioni a margine.

1. Gli oneri di servizio pubblico nel trasporto aereo

Il settore del trasporto aereo euro-unitario si caratterizza per essere improntato sul principio di liberalizzazione e, pertanto, sul libero accesso dei vettori aerei al mercato intracomunitario.¹

Come noto, ciascun vettore dotato di licenza di esercizio è libero di effettuare servizi di trasporto aereo, di linea e non, sulle rotte intracomunitarie da esso discrezionalmente scelte e per la capacità che ritiene più conveniente; tale assunto, affermato per la prima

* Sottoposto a referaggio.

¹ Si veda F. ROSSI DAL POZZO, *Servizi di trasporto aereo e diritti dei singoli nella disciplina comunitaria*, Milano, 2008, p. 8 ss.

volta nel regolamento (CEE) n. 2408/92 del Consiglio del 23 luglio 1992² segna il passaggio epocale nel settore del trasporto da una dimensione fortemente legata alla 'nazionalità', con un ruolo preminente degli stati nazionali nei traffici aerei commerciali, ad un modello caratterizzato dall'assenza di interventi pubblici nella definizione delle tratte.³

Siffatto modello conosce nei cd. Oneri di Servizio Pubblico una peculiare eccezione; l'imposizione di oneri di servizio pubblico da parte di uno Stato membro è consentita, infatti, al fine di perseguire il diritto di libera circolazione dei cittadini europei, sancito dall'art. 21 TFUE.⁴

Dunque, il regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008⁵ istituisce la facoltà per uno Stato membro di limitare il libero accesso al mercato concorrenziale, sottraendo determinate rotte alla libera concorrenza, al fine di garantire i collegamenti aerei tra aeroporti comunitari e aeroporti che servono regioni periferiche o in via di sviluppo all'interno del loro territorio, ovvero rotte a bassa densità di traffico verso un qualsiasi aeroporto nel loro territorio, ove tale rotta venga considerata essenziale per lo sviluppo economico e sociale della regione servita dall'aeroporto stesso.

Gli oneri di servizio pubblico sono dunque una misura eccezionale, eccentrica rispetto al modello generale, caratterizzata intrinsecamente dal carattere della temporaneità, volta al mantenimento di servizi aerei di linea minimi rispondenti a determinati criteri di continuità, regolarità, tariffazione o capacità minima cui i vettori aerei non si atterrebbero se tenessero conto unicamente del loro interesse commerciale.

Gli oneri di servizio dunque rappresentano un correttivo all'apertura incondizionata al mercato, che, inevitabilmente,⁶ comporta l'abbandono da parte dei vettori delle rotte non strategiche o appetibili, in quanto non adeguatamente remunerative, ledendo così il diritto alla mobilità dei cittadini europei di tali aree.

La procedura che comporta l'introduzione e l'apposizione dell'onere di servizio pubblico su una singola tratta è definita *in primis* dal sopracitato regolamento (CE) n. 1008/2008, al cui articolo 16 sono contenuti i criteri perché possano essere istituiti gli OSP; per quanto attiene alla normativa tecnica di dettaglio, essa è contenuta nella circolare EAL-20, *Oneri di Servizio Pubblico* dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile.

In ogni caso, prima di analizzare i riferimenti di dettaglio, giova rappresentare come la condizione imprescindibile è il rigore estremo dei criteri di scelta e l'evidenza pubblica della procedura di gara per le singole tratte interessate: solo in questo modo, come

² Sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie (GUCE L 240/8 del 24 agosto 1992).

³ Cfr. A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, Torino, 2020, p. 129 ss.

⁴ Il regolamento riconosce, in via generale, alle imprese titolari della licenza comunitaria il diritto di istituire a propria discrezione servizi di trasporto aereo sulle rotte ritenute più convenienti. Il principio viene però attenuato dalla possibilità per ogni Stato membro, in casi specifici e limitati e in presenza di determinate condizioni socio-economiche, di imporre oneri di servizio pubblico necessari al mantenimento di servizi aerei adeguati verso alcune regioni.

⁵ Recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (rifusione) (GUUE L 293/3 del 31 ottobre 2008).

⁶ Come evidenziato dall'esperienza statunitense successiva all'*Airline Deregulation Act* del 1978.

appare evidente, è garantito che la procedura possa conformarsi come una legittima eccezione al modello concorrenziale puro, e non già come un aiuto di stato surrettizio.⁷

2. La ricostruzione della sentenza n. 12045/2021 del TAR Lazio

La vicenda in esame prende origine dalla procedura per l'imposizione degli oneri di servizio pubblico relativi ai servizi effettuati da e per l'aeroporto di Trapani ai sensi dell'art. 16 del regolamento (CE) n. 1008/2008.

I giudici del TAR Lazio sono stati investiti della questione a seguito del ricorso presentato da un vettore aereo operante sullo scalo di Trapani, che ha contestato la legittimità dell'intera procedura per l'imposizione degli OSP, chiedendo l'annullamento dei provvedimenti concernenti l'"Imposizione di oneri di servizio pubblico ("OSP") per i servizi aerei di linea relativi alle rotte Trieste- Trapani e viceversa, Brindisi-Trapani e viceversa, Parma-Trapani e viceversa, Ancona-Trapani e viceversa, Perugia-Trapani e viceversa, Napoli-Trapani e viceversa".⁸

Con un primo decreto del Ministro per i trasporti e le infrastrutture del 16 luglio 2019, n. 322 era sottoposto ad oneri di servizio pubblico il servizio aereo di linea sulle rotte Trapani – Trieste e viceversa, Trapani – Brindisi e viceversa, Trapani – Parma e viceversa, Trapani – Ancona e viceversa, Trapani – Perugia e viceversa, Trapani – Napoli e viceversa, Comiso – Roma Fiumicino e viceversa, Comiso – Milano Linate e viceversa.

Il decreto ministeriale era trasmesso alla Commissione europea ai fini della pubblicazione della nota informativa sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea come previsto dall'art. 16, par. 4, reg. (CE) n. 1008/2008. La Commissione, tuttavia, non procedeva alla pubblicazione per dissenso sulla previsione di un livello massimo delle tariffe valevole anche per i passeggeri non residenti.

Preso atto delle indicazioni della Commissione europea, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti con nota del 4 dicembre 2019 n. 47383 delegava il presidente della Regione Siciliana ad indire una nuova conferenza di servizi per rideterminare il contenuto degli oneri di servizio pubblico da imporre sui collegamenti aerei tra gli aeroporti di Comiso e Trapani e gli altri scali nazionali già precedentemente individuati.

⁷ Sul tema, cfr. F. GASPARI, *Aiuti di Stato e ordinamento italo-comunitario nel settore del trasporto aereo alla luce dei recenti sviluppi normativi e giurisprudenziali: verso un sistema giuridico più vincolante?*, in *Conc. merc.*, 2015, p. 127 ss., E. A. RAFFAELLI, *Gli aiuti di Stato nel settore del trasporto aereo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1998, p. 1429-1450.

⁸ Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 2 dell'8 gennaio 2020 (in GU n. 36 del 13 febbraio 2020) avente ad oggetto imposizione di oneri di servizio pubblico (OSP) per i servizi aerei di linea relativi alle rotte Trapani - Trieste e viceversa, Trapani – Brindisi e viceversa, Trapani – Parma e viceversa, Trapani – Ancona e viceversa, Trapani - Perugia e viceversa, Trapani - Napoli e viceversa e di tutti gli atti ad esso presupposti e successivi, ivi compresi gli Avvisi pubblicati da ENAC sul proprio sito istituzionale in data 8 aprile 2020, il verbale della seduta conclusiva della Conferenza di servizi del 21 marzo 2019 relativa all'emanazione del D.M. n. 322/2019, la nota prot. n. 56385 del 13 novembre 2019, con la quale la Regione Siciliana ha evidenziato l'opportunità di procedere all'abrogazione del D.M. 322/2019 contestualmente alla ridefinizione dei nuovi progetti di OSP, il verbale della seduta conclusiva della Conferenza di servizi del 12 dicembre 2019 relativa all'emanazione del D.M. n. 2/2020, i Bandi di gara ai sensi degli artt. 16 e 17 del regolamento (CE) n. 1008/2008 per la gestione in esclusiva del servizio aereo di linea sulle rotte Trapani - Trieste e viceversa (CIG 82097747D2), Trapani - Brindisi e viceversa (CIG 8209665DDD), Trapani – Parma e viceversa (CIG 8209722CE7), Trapani - Ancona e viceversa (CIG 8209625CDB), Trapani - Perugia e viceversa (CIG 82097568F7), Trapani – Napoli e viceversa (CIG 8209692428), il cui avviso è stato pubblicato sulla GUUE del 13 febbraio 2020.

Con verbale del 12 dicembre 2019 la conferenza di servizi presieduta dalla Regione siciliana confermava l'imposizione degli oneri di servizio pubblico relativi alla continuità territoriale su Trapani, prevedendo il regime tariffario libero per i non residenti secondo le indicazioni della Commissione europea.

L'esito della Conferenza di servizi era recepito nel decreto ministeriale dell'8 gennaio 2020, n. 2 nel quale era, altresì, precisato che, qualora nessun vettore comunitario avesse accettato di operare le rotte indicate nel decreto senza esclusiva e senza corrispettivo finanziario, il diritto di esercitare il servizio sarebbe stato concesso in esclusiva e con compensazione finanziaria per un periodo di tre anni a decorrere dal 15 luglio 2020 tramite gara pubblica. Delle procedure di gara era incaricato l'ENAC.

Il decreto, comunicato alla Commissione europea, veniva pubblicato sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 28 gennaio 2020, e con avviso pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea del 13 febbraio 2020 si avviarono le procedure di gara concluse con l'aggiudicazione a due vettori: uno, per le tratte Trapani – Brindisi, Napoli e Parma e viceversa, l'altro per le tratte Trapani – Ancona, Perugia e Trieste e viceversa.

In premessa, il vettore ricorrente evidenziava di operare numerosi collegamenti da e verso la Sicilia, con regolari servizi aerei di linea sulle tratte da e per Trapani e Palermo e, quindi, in diretta concorrenza con i servizi aerei di linea relativi alle rotte onerate.

Pertanto, nei cinque motivi del ricorso introduttivo, ha articolato le proprie doglianze contestando, a ben vedere, la legittimità dell'intera procedura; come detto, il procedimento in parola, data la complessità degli interessi in gioco, risulta particolarmente articolato, venendo in luce tanto la dimensione comunitaria degli interessi da tutelare (diritto alla mobilità e libero mercato, *in primis*), sia il connotato più intimamente esponenziale degli interessi territoriali, rappresentati dagli Enti che hanno partecipato alle Conferenze di servizi, delle quali il DM impugnato, e gli atti ad esso collegati, sono conseguenza naturale.

Il vettore ricorrente, dunque, ha così articolato i propri motivi, contestando:

- il carattere di essenzialità delle rotte onerate;
- il non rispetto dei principi di necessità ed adeguatezza, nonché dei principi di ragionevolezza, proporzionalità degli oneri rispetto alle esigenze di connettività e quelli del libero mercato e della concorrenza;
- l'intento surrettizio di promuovere e rilanciare esclusivamente l'attività commerciale dell'aeroporto di Trapani;
- l'assenza di studi di mercato alla base della scelta di onerare le tratte in parola;
- l'irrelevanza della Relazione sulla qualità dei servizi dell'aeroporto di Trapani⁹ sulla procedura di imposizione degli OSP.

Il collegio, dopo aver respinto le eccezioni preliminari in merito alla carenza di legittimazione attiva del ricorrente, all'integrazione tardiva del contraddittorio ed alla competenza territoriale del TAR Lazio, presentate dal costituito ENAC e dalle compagnie contro-interessate, ha preso a ricostruire storicamente l'istituto degli OSP e l'attuale conformazione normativa nazionale ed euro-unitaria.

In particolare, il collegio ha ricostruito l'istituto partendo dai punti 11 e 12 dei "considerando" del regolamento (CE) n. 1008/2008,¹⁰ soffermandosi poi sull'analisi

⁹ Conosciuta in seguito. Tale motivo è stato introdotto nei secondi motivi aggiunti.

¹⁰ Secondo il considerando 11, "*Per tener conto delle caratteristiche e dei vincoli specifici delle regioni ultraperiferiche, in particolare la loro lontananza, insularità e piccole dimensioni, nonché della necessità di collegarle adeguatamente con le regioni centrali della Comunità, può essere giustificata l'adozione di*

dettagliata degli artt. 16, 17 e 18 dello stesso, decisivi per ricostruire il campo entro cui gli Stati membri possono agire per sottrarre al mercato determinate tratte.¹¹

Viene poi presa in esame la Comunicazione della Commissione Europea dell'8 giugno 2017, recante "Orientamenti interpretativi relativi al regolamento", la quale costituisce un "*rilevante strumento interpretativo delle disposizioni [...] tratteggiate*"; e, ovviamente, il precipitato dell'art. 782 del Codice della Navigazione, il quale afferma

disposizioni speciali concernenti le norme relative al periodo di validità dei contratti per oneri di servizio pubblico per le rotte verso tali regioni". Il successivo considerando 12 stabilisce che "È opportuno definire in modo chiaro ed inequivoco le condizioni in base alle quali possono essere imposti oneri di servizio pubblico, assicurando allo stesso tempo che alle relative procedure di gara partecipi un numero sufficiente di concorrenti. È opportuno che la Commissione sia in grado di ottenere tutte le informazioni necessarie per valutare le motivazioni economiche che giustifichino l'imposizione di oneri di servizio pubblico in ogni singolo caso".

¹¹ L'art. 16 – per quanto di specifico interesse – dispone: al comma 1, che "*previa consultazione con gli altri Stati membri interessati e dopo aver informato la Commissione, gli aeroporti interessati e i vettori aerei operanti sulla rotta, uno Stato membro può imporre oneri di servizio pubblico riguardo ai servizi aerei di linea effettuati tra un aeroporto comunitario e un aeroporto che serve una regione periferica o in via di sviluppo all'interno del suo territorio o una rotta a bassa densità di traffico verso un qualsiasi aeroporto nel suo territorio, qualora tale rotta sia considerata essenziale per lo sviluppo economico e sociale della regione servita dall'aeroporto stesso. Tale onere è imposto esclusivamente nella misura necessaria a garantire che su tale rotta siano prestati servizi aerei di linea minimi rispondenti a determinati criteri di continuità, regolarità, tariffazione o capacità minima, cui i vettori aerei non si atterrebbero se tenessero conto unicamente del loro interesse commerciale*"; al comma 3, che: "*Nel valutare la necessità e l'adeguatezza di un onere di servizio pubblico previsto lo Stato membro tiene conto o gli Stati membri tengono conto: a) dell'equilibrio tra l'onere previsto e le esigenze in materia di sviluppo economico della regione interessata; b) della possibilità di ricorrere ad altre modalità di trasporto e dell'idoneità di queste ultime a soddisfare il concreto fabbisogno di trasporto, in particolare nel caso in cui i servizi ferroviari esistenti servano la rotta prevista con un tempo di percorrenza inferiore a tre ore e con frequenze sufficienti, coincidenze e orari adeguati; c) delle tariffe aeree e delle condizioni proposte agli utenti; d) dell'effetto combinato di tutti i vettori aerei che operano o intendono operare sulla rotta di cui trattasi*"; al comma 4, che: "*Allorché desidera imporre un onere di servizio pubblico, lo Stato membro trasmette alla Commissione, agli altri Stati membri interessati, agli aeroporti coinvolti e ai vettori aerei che effettuano il collegamento in questione il testo dell'imposizione dell'onere di servizio pubblico prevista. La Commissione pubblica una nota informativa nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea nella quale: a) specifica i due aeroporti collegati dalla rotta in questione e gli eventuali scali intermedi; b) specifica la data di entrata in vigore dell'onere di servizio pubblico; e c) indica l'indirizzo completo presso il quale lo Stato membro interessato rende disponibile senza indugio e a titolo gratuito il testo e qualsivoglia informazione e/o documentazione pertinente correlata all'onere di servizio pubblico. I criteri specifici imposti sulla rotta oggetto dell'onere di servizio pubblico sono stabiliti in modo trasparente e non discriminatorio*"; al comma 8: "*Qualora sia stato imposto un onere di servizio pubblico a norma dei paragrafi 1 e 2, qualsiasi altro vettore aereo comunitario è autorizzato in qualsiasi momento ad istituire servizi aerei di linea conformi a tutti i requisiti dell'onere di servizio pubblico, incluso il periodo di tempo durante il quale intende effettuare tale prestazione, che può essere richiesto ai sensi del paragrafo 2*"; al comma 9: "*In deroga al paragrafo 8, l'accesso ai servizi aerei di linea su una rotta sulla quale nessun vettore aereo comunitario abbia istituito o possa dimostrare di apprestarsi a istituire servizi aerei di linea sostenibili conformemente all'onere di servizio pubblico imposto su tale rotta, può essere limitato dallo Stato membro interessato ad un unico vettore aereo comunitario per un periodo non superiore a quattro anni, al termine del quale si procederà ad un riesame della situazione. Tale periodo può arrivare fino a cinque anni qualora l'onere di servizio pubblico sia imposto su una rotta verso un aeroporto che serve una regione ultraperiferica, di cui all'articolo 299, paragrafo 2 del trattato*"; al comma 10, infine, che "*Il diritto di effettuare i servizi di cui al paragrafo 9 è concesso tramite gara pubblica a norma dell'articolo 17, per rotte singole o, nei casi in cui ciò sia giustificato per motivi di efficienza operativa, per serie di rotte a qualsiasi vettore aereo comunitario abilitato a effettuare tali servizi. Per motivi di efficienza amministrativa, uno Stato membro può pubblicare un bando di gara unico che riguarda varie rotte*".

che *“L'imposizione di oneri di servizio pubblico è effettuata secondo le vigenti disposizioni comunitarie. I servizi pubblici di trasporto aereo di interesse esclusivamente regionale o locale sono disciplinati dalle regioni interessate”*.

In esito a tale rassegna di carattere normativo, il collegio giudicante si sofferma sulla definizione di essenzialità della rotta, facendo propria l'interpretazione autentica che ne dà la Commissione nei sopraccitati Orientamenti, sottolineando tanto che *“la valutazione deve sempre essere eseguita tenendo conto delle circostanze specifiche del caso”*, quanto l'esistenza di limiti al margine di discrezionalità degli Stati membri, al fine di scongiurare situazioni ove vi sia il solo *“obiettivo di promuovere o sostenere, direttamente o indirettamente, un determinato vettore aereo o sviluppare un particolare aeroporto”*.

Per il TAR Lazio, lo Stato che intende assoggettare una linea aerea ad oneri è chiamato ad una duplice valutazione; deve cioè verificare, attraverso una adeguata istruttoria, che la tratta interessata sia dotata del carattere essenziale per lo sviluppo economico e sociale del territorio di riferimento. E, in seconda battuta, portare evidenze del *fallimento del mercato concorrenziale* sulla stessa.

E, dunque, i giudici amministrativi definiscono l'ambito entro cui agisce il sindacato giurisdizionale, dovendosi limitare quest'ultimo alle ipotesi di *“carezza di motivazione ovvero di manifesta illogicità, irrazionalità, arbitrarietà o erroneità della stessa, non potendosi invece spingere alla sostituzione delle valutazioni effettuate dall'amministrazione”*.

Il Collegio giudicante, dunque, rivendica uno spazio entro cui discernere dell'imposizione degli oneri; lo fa, a ben vedere, desumendo la necessità di adoperare il proprio *vaglio caso per caso*, così come gli stessi indirizzi interpretativi richiamati prescrivono in merito alle valutazioni da compiere.

E, proprio in ragione di ciò, i giudici contestano nel dettaglio le ragioni alla base della scelta di onerare le tratte in questione: in particolare, partendo dall'analisi dei verbali delle Conferenze di servizi alle quali hanno partecipato la Società di gestione aeroportuale di Trapani e gli enti territoriali interessati, viene in luce una non adeguata considerazione, a giudizio del collegio, delle osservazioni della Commissione Europea del 29 agosto 2019.

Giova riportare in sintesi quanto emerso da tale nota: la Commissione, investita della questione, ha esplicitamente richiesto di rappresentare le ragioni a fondamento dell'apposizione del vincolo di OSP, facendo riferimento esplicito alla necessità di evidenze del cd. fallimento del mercato ed alla essenzialità delle rotte scelte.

Nella stessa nota, veniva richiesta l'indicazione di motivazioni dettagliate, contestando la generalità della documentazione allegata, dalla quale non emergevano ragioni di natura economica, amministrativa, medica od educativa per giustificare le destinazioni scelte.

Infine, la Commissione ha rappresentato la mancanza di elementi decisivi a ritenere gli aeroporti di Trapani e Palermo come non alternativi, e dunque afferenti a diversificati bacini di utenza; così come, l'assenza di motivazioni adeguate nella scelta di Parma, che evidentemente condivide il medesimo bacino di utenza della vicina Bologna, garantita da voli in regime commerciale di linea da e per Palermo da un altro operatore.

A giudizio del Collegio, le considerazioni, pregnanti e decisive della Commissione Europea sul tema, non sono state mai risolte o affrontate dalle amministrazioni precedenti, incidendo così sulla mancanza di elementi di chiara evidenza a sostenga della necessità dell'imposizione degli oneri.

I giudici affermano che non è mai stato chiarito come le sei città individuate dalle amministrazioni precedenti potessero essere ritenute *“poli economici, produttivi, amministrativi, socio-sanitari e di istruzione di livello sovraregionale, in base ai quali valutare la lontananza e l’isolamento dello scalo di Trapani”*. Nel caso di specie, è indubbio che lo scalo di Trapani non era considerabile *“isolato”*, dato che aveva già collegamenti con le città di Palermo (fulcro regionale e capoluogo), Roma (capitale) e Milano (centro economico primario), oltre a Venezia, Verona, Torino, Napoli, Firenze, Bologna, Pisa e Cagliari, a loro volta collegati anche a scali internazionali e intercontinentali.

Di tal che, indimostrate le ragioni di una ritenuta situazione di fallimento del mercato e di condizioni di isolamento del trapanese, per i giudici appare fondata l’osservazione per la quale, in realtà, con l’introduzione degli OSP in questione, si sia promosso *“l’intento di promuovere e rilanciare in sé l’attività commerciale dell’aeroporto di Trapani”*¹², in evidente contrasto con il punto 3.2.2.27 degli *“Orientamenti”*, per cui *“anche se gli OSP potrebbero essere applicati per rimuovere gli ostacoli allo sviluppo economico e sociale delle regioni o città, essi non possono essere imposti con l’obiettivo di promuovere o sostenere, direttamente o indirettamente, un determinato vettore aereo o sviluppare un particolare aeroporto”*.

Risulta, inoltre, inconferente, nella ricostruzione operata dal collegio giudicante, la circostanza che la Commissione non abbia azionato i propri poteri censori, notificando eventuali segnalazioni sugli istituendi oneri; la situazione di particolare complessità data dal momento storico e dall’emergenza sanitaria, a giudizio del TAR Lazio, è sufficiente a ritenere che il mancato intervento successivo della Commissione non abbia escluso la legittimità di un sindacato pervasivo sulle motivazioni alla base degli oneri in argomento e sulla sostanziale elusione delle prescrizioni richieste.

La pronuncia, dunque, accoglie i quattro motivi del ricorso originario e, conseguentemente, anche i motivi aggiunti, per illegittimità derivata, non statuendo sulle sorti dei contratti *medio tempore* stipulati, diniegando all’interpretazione estensiva del rito appalti al caso di specie.

3. La pronuncia n. 8683/2022 del Consiglio di Stato

Sul tema, è stato chiamato a pronunciarsi anche il Consiglio di Stato, che, nell’arresto qui in esame, pur addivenendo alle medesime conclusioni del giudice di prime cure, non demolisce *in toto* le motivazioni alla base del provvedimento impugnato, offrendo una sfumatura nella ricostruzione dei criteri necessari all’imposizione degli oneri di servizio pubblico nella ipotesi di collegamenti inerenti a territori periferici ed in condizione *de facto* di isolamento.

Il convincimento dei giudici di Palazzo Spada è, infatti, ben rappresentato nell’assunto per cui *“in mancanza di collegamento ferroviario tra [Trapani e Palermo] e tenuto conto che i servizi di trasporto su autobus si concentrano nella parte centrale della giornata, i due scali aeroportuali non possono essere ritenuti alternativi nei sensi indicati dalla Commissione”*.

E dunque non è sul piano dell’alternatività tra gli scali palermitano e trapanese il punto nevralgico della vicenda, in quanto, in base ad una valutazione compiuta sulla scorta

¹² Come da verbale della conferenza di servizi del febbraio 2019 ove il sindaco stesso della città di Trapani aveva posto in evidenza lo stato di crisi in cui versava lo scalo aeroportuale e le generiche esigenze di sviluppo del territorio di riferimento.

degli indirizzi interpretativi della Commissione, la condizione di svantaggio investe pienamente la regione servita dall'aeroporto di Trapani, giustificando l'imposizione di oneri.

Tale convincimento trova il proprio fondamento nell'analisi del documento Riscontro quesiti OSP-Trapani, del settembre 2019, che le amministrazioni riunite in Conferenza di servizi hanno fatto proprio nella deliberazione conclusiva propedeutica all'emanazione del D.M. impugnato.

Il tema, invero, si sposta, a giudizio del Collegio, sulla relazione tra lo scalo siciliano e le altre destinazioni coinvolte; o meglio, sull'assenza di esplicite e chiare motivazioni che giustifichino la scelta di garantire collegamenti agevolati per dette tratte.

Il Consiglio di Stato, infatti, non ravvisa *“ragioni sufficienti a dire che fosse necessario imporre oneri di servizio pubblico proprio sulle rotte scelte, né che si sia così promosso lo sviluppo economico e sociale della regione”*.

In dettaglio, il Collegio contesta che nel documento elaborato da Airgest si dia conto di presunte esigenze di viaggio della cittadinanza trapanese nei “servizi di cittadinanza: lavoro, studio, sanità, mobilità” e si assuma che dette esigenze siano soddisfatte mediante collegamento con le destinazioni di Trieste e Parma – *“destinazioni vicine ai centro economici e produttivi della nazione”* –, di Perugia e Napoli – definiti *“centri sanitari e di istruzione”* –, di Ancona e Brindisi, per ragioni *“etniche”*, e, comunque, poiché dette rotte vadano ad integrare i collegamenti già operanti sullo scalo di Palermo. Esigenze solo allegare e mai approfondite; è *“[n]ell'accertamento della necessità ed adeguatezza delle rotte prescelte si annidano le maggiori criticità dell'atto impugnato”*. Su questo aspetto, il Consiglio di Stato riprende l'iter argomentativo fatto proprio dal TAR, sostenendo la debolezza delle motivazioni, in ordine alla genericità delle esigenze per ciascuna tratta, nonché il fatto che le destinazioni prescelte non rispondano alle esigenze indicate (ciò vale, in particolare per Parma, considerata la vicinanza con Bologna e per Brindisi per la vicinanza con Bari) e che sia tuttora oscuro il riferimento a motivazioni di natura ‘etnica’ per quanto attiene ai collegamenti con Ancona e Brindisi. Infine, non di poco rilievo risulta essere il riferimento alla contraddittorietà nel motivare la scelta delle destinazioni suddette nell'ottica di integrare i collegamenti già presenti sullo scalo di Palermo, dopo aver più volte sostenuto la non fungibilità tra i due aeroporti.

Per tali ragioni, dunque, il Consiglio di Stato conferma le statuizioni del TAR Lazio, rigettando gli appelli del costituito M.I.T. e dei vettori appellanti.

4. Considerazioni a margine

A margine delle due pronunce esaminate, residua lo spazio per una considerazione relativa all'attuale conformazione degli oneri di servizio pubblico nell'ordinamento, come delineato dalla giurisprudenza amministrativa.

Anzitutto, metodologicamente, i giudici amministrativi rivendicano la pervasività del loro sindacato, mediante il grimaldello dell'accertamento della ragionevolezza dell'iter argomentativo posto alla base dell'imposizione degli oneri; sebbene il sindacato giurisdizionale ad esso inerente sia limitato alle ipotesi di carenza di motivazione ovvero di manifesta illogicità, irrazionalità, arbitrarietà o erroneità della stessa, nei fatti i giudici amministrativi possono vagliare la coerenza delle scelte operate, interpretando estensivamente il regolamento (CE) n. 1008/2008 e le relative Osservazioni della Commissione ed il richiamo esplicito alla singolarità di ciascun OSP.

Ciò rappresenta un elemento decisivo: i giudici lambiscono lo spazio discrezionale riservato agli Stati membri dalla normativa europea, anche nelle ipotesi in cui la Commissione non attivi i propri poteri censori, non ravvisando elementi di contrasto con i principi comunitari.

Il sindacato sulla motivazione, dunque, si esplicita in un duplice verso: da una parte, verificando la presenza di condizioni di oggettiva perifericità di un territorio, per il quale la garanzia di collegamenti aerei rappresenti la rimozione di un ostacolo al proprio sviluppo economico-sociale.

Dall'altra, indagando sulla scelta delle destinazioni e, più segnatamente, sull'essenzialità delle singole tratte per lo sviluppo economico della regione interessata.

A tal proposito, TAR e Consiglio di Stato affermano la necessità di un giudizio profondo, che tenga conto non già di ragioni presunte, quanto piuttosto di una pluralità di elementi, come ad esempio, la valutazione delle *'catchment areas'* – ovverosia il rapporto del bacino di utenza tra gli aeroporti di partenza e destinazione relazionato alle necessità di un collegamento diretto assistito da onere, la possibilità di considerare alternativi due scali posti ad una distanza inferiore ai 100 km – con attenta valutazione anche dei collegamenti intermodali, ed infine il carattere fondamentale delle destinazioni scelte ed il rapporto con il territorio.

Sotto questi aspetti, entrambi i giudici hanno ravvisato l'insussistenza del requisito di essenzialità della rotta; nel caso di specie, si è affermato, da una parte che alcune delle destinazioni scelte rappresentavano una inutile sovrapposizione di aeroporti già operanti nel vicino scalo di Palermo. Ed in ogni caso, non trattandosi di centri nevralgici per il paese, non v'erano ragioni solide per ritenerle tratte garantite e fuori dal mercato.

E, dall'altra, come non fosse possibile contemporaneamente sostenere la non fungibilità tra gli scali di Trapani e Palermo, e giustificare la scelta di alcune rotte onerate come frutto di una valutazione comparata tra i due aeroporti.

Sullo sfondo, resta l'idea, latente ancorché indimostrata, che l'imposizione degli oneri si sarebbe caratterizzata come un aiuto indiretto nei confronti dell'aeroporto di Trapani, in difficoltà sotto il profilo commerciale; giova ricordare che siffatta ipotesi contraddice esplicitamente il senso degli oneri di servizio pubblico e, a ben vedere, si caratterizza alla stregua di una violazione dell'art. 107 del TFUE.

Casi e questioni

**Il mercato della *Mobility* in Italia in netta ripresa.
II edizione Ricerca su *Mobility* in Italia, di Osservatori
Innovative Payments e Innovazione Digitale Turismo
School of Management Politecnico di Milano**

Mara Costantino

Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi"

La crisi che il mercato della mobilità in Italia ha dovuto affrontare nel corso degli ultimi anni sembra volgere al termine: se alcuni comparti, soprattutto in ambito locale (dalla sharing mobility ai treni), hanno addirittura già superato il 2019 in termini di spesa dei consumatori, altri (soprattutto nel trasporto a medio-lungo raggio) proseguono la ripresa iniziata nel 2021 pur restando ancora lontani dai valori pre-pandemia.

Nonostante il ricorso a strumenti di pagamento elettronici nella mobilità riguardi ancora solo 1 transazione su 10, il digitale sta aumentando la sua incidenza anche nei comparti più tradizionalmente legati al contante: ne è un esempio il mercato del trasporto su taxi, dove la penetrazione delle carte di pagamento nel 2022 ha raggiunto il 27% del totale.

Queste alcune delle evidenze emerse dagli Osservatori Innovative Payments e Innovazione Digitale nel Turismo - School of Management del Politecnico di Milano, in occasione del webinar "La mobilità in Italia: valori di mercato e strumenti di pagamento nel 2022", durante il quale è presentata la seconda ricerca sulla Mobility in Italia, realizzata con Mooney come main partner, con l'obiettivo quello di comprendere il valore del mercato nelle sue diverse componenti e le abitudini di pagamento nel settore della mobilità nel 2022, sia in termini di strumenti di pagamento scelti, sia in termini di canali di acquisto.

Sul mercato della Mobility in Italia in una vista d'insieme rispetto al 2019, il comparto aereo, il più rilevante e insieme il più colpito dalla pandemia, segna nel 2022 un +65% rispetto all'anno precedente, assestandosi a un valore complessivo di 9,9 miliardi di € (-27% sul 2019). Anche il mercato dei traghetti, complice il recupero del turismo internazionale, fa intravedere segnali di ripresa: dopo un anno di stabilità, il volume delle transazioni è tornato infatti a crescere sfiorando i 2 miliardi di € (+29% sul 2021), ancora lontano però dai 2,4 miliardi raggiunti nel 2019.

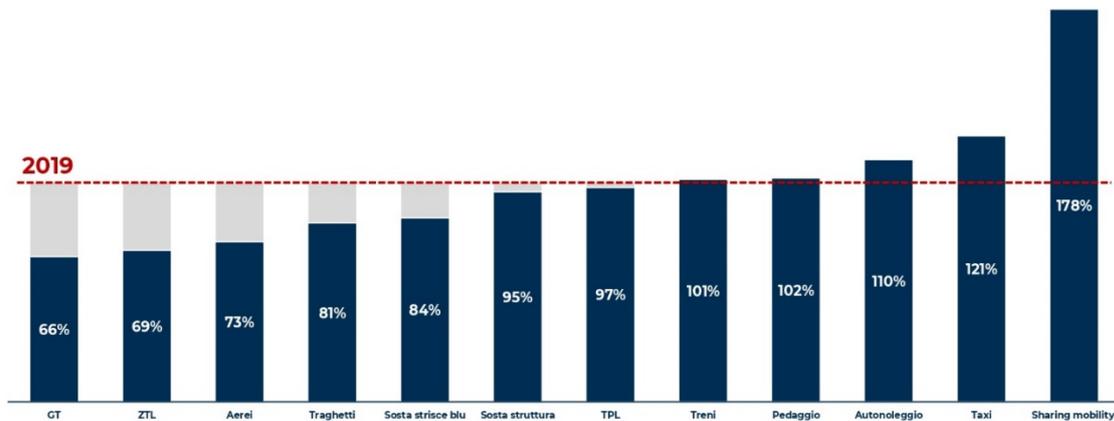
Il settore del trasporto su autobus a medio-lungo raggio nel 2022 registra un +24% sul 2021 per un valore totale di 310 milioni di euro, dato però ancora lontano dal pre-pandemia, mentre il mercato del trasporto ferroviario, dopo due anni di incertezza e grazie a un periodo estivo molto positivo, supera invece seppur di poco (+1%) il 2019. Anche il mercato dell'autonoleggio, come il trasporto ferroviario, ha conseguito risultati positivi:

con oltre 1,5 miliardi di € (+66% sul 2021) nel 2022 il settore ha superato il valore pre-pandemia del 9%.

🕒 Il mercato della mobilità in Italia rispetto al 2019

🗓 Webinar
📅 07.02.23

Incidenza del valore di mercato 2022 sul 2019 per singolo comparto



Fonte: Osservatori Innovative Payments e Innovazione Digitale nel Turismo (www.osservatori.net)

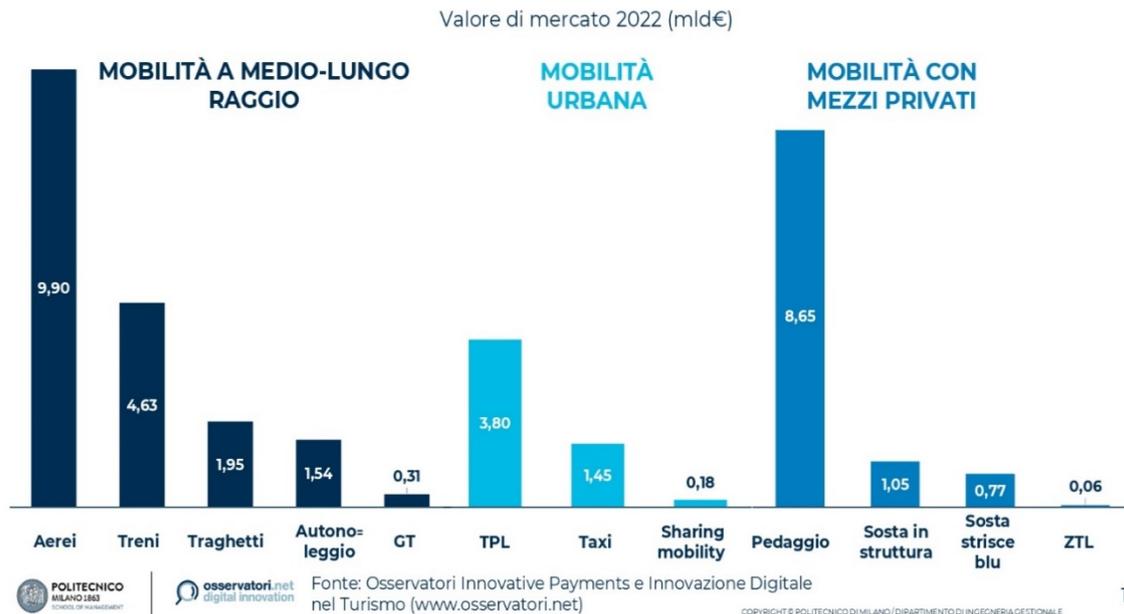
COPYRIGHT © POLITECNICO DI MILANO / DIPARTIMENTO DI INGEGNERIA GESTIONALE

2

Nel trasporto pubblico locale i servizi urbani (autobus, metropolitana e tram) hanno raggiunto nel 2022 un transato complessivo pari a 3,8 miliardi di euro, facendo segnare un +46% sul 2021 e recuperando quasi completamente il gap con il 2019. Il mercato dei taxi, dopo una forte contrazione nel 2020, è quello con la crescita maggiore rispetto al 2021 (+81%), sfiorando gli 1,5 miliardi di euro (250 milioni in più rispetto al 2019).

Il mercato del pedaggio autostradale, che rappresenta la seconda voce principale della Mobility in Italia dopo il trasporto aereo, nel 2022 vale nel complesso oltre 8,5 miliardi di euro (+6% sul 2021), superando leggermente il valore del transato del 2019, mentre il settore delle ZTL fa registrare una forte ripresa anno su anno (+32% sul 2021), ma il valore complessivo del comparto (62 milioni) resta ancora lontano dai 90 milioni del 2019.

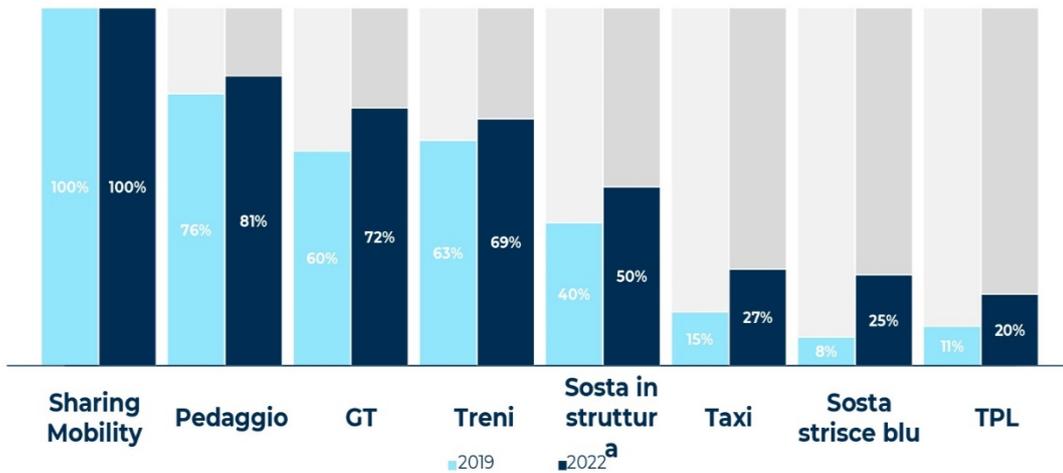
Per quanto concerne infine il mercato delle soste, quello su strisce blu nel 2022 ottiene una crescita di circa il 10% anno su anno, mentre il mercato delle soste in struttura, che comprende i pagamenti per i parcheggi effettuati nelle apposite strutture, sia urbane sia in aeroporti, porti e stazioni, cresce del 38% e nel 2022 supera il miliardo di euro di transato, sfiorando i livelli del 2019.



“A fronte di fattori positivi come l’allentamento della morsa della pandemia, che hanno fatto riprendere almeno in parte il turismo internazionale e i viaggi di lavoro, per il settore della Mobilità nel 2022 sono sorte nuove difficoltà come l’inflazione e i rincari delle materie prime” spiega Eleonora Lorenzini, direttrice dell’Osservatorio Innovazione Digitale nel Turismo del Politecnico di Milano. Ed aggiunge “Ciò nonostante alcuni comparti - quelli legati alla sharing mobility e agli spostamenti in auto e treno - sono già tornati ai livelli del 2019. Altri, complice anche l’aumento dei prezzi, hanno mostrato segnali di ripristino incoraggianti con valori pari o superiori ai due terzi rispetto al pre-pandemia”.

Circa gli strumenti di pagamento per l’acquisto di servizi di mobilità, nel 2022 il contante rimane lo strumento preferito dai consumatori nella quasi totalità dei casi, ma il digitale conferma la sua penetrazione in alcuni comparti facendo da volano al rilancio di mercati tradizionalmente più legati al pagamento fisico o in loco. È il caso degli autobus a medio-lungo raggio: aumenta, infatti, di 12 punti percentuali rispetto al 2019 l’incidenza dell’acquisto tramite carte e wallet proprietari degli operatori di trasporto. Anche i canali online diventano più rilevanti, passando dal 54% di incidenza nel 2019 al 64% nel 2022 e recuperando a valore circa l’80% del pre-pandemia.

Incidenza dei pagamenti cashless sul totale nel 2019 e 2022 per singolo comparto



Anche nel mercato del trasporto ferroviario si conferma il ricorso a strumenti elettronici sia per prenotare che per pagare: l'online incide, infatti, sul 59% dei volumi del comparto, segnando una crescita di ben 18 punti percentuali sul 2019.

“Il pagamento fisico resta prevalente per i servizi di mobilità urbana, come nel caso del trasporto tramite autobus, metropolitana e tram, dove più di 9 transazioni su 10 sono ad oggi fatte attraverso i canali più tradizionali. Tuttavia, il digitale sta aumentando la sua incidenza anche nei comparti da sempre legati al contante” commenta Valeria Portale, direttore dell'Osservatorio Innovative Payments del Politecnico di Milano. Ed infine *“il mercato dei taxi, dove i pagamenti tramite carta sono arrivati a rappresentare il 27% delle transazioni totali, ad esempio, rappresenta un chiaro segnale che testimonia come i consumatori, fra cui turisti e persone che viaggiano per lavoro, siano sempre più propensi ad utilizzare strumenti cashless”*.

Promossa da:

demetra
CENTRO STUDI