

# Rivista Giuridica Europea

## *European Law Journal*

### **ROSSELLA BENASSAI**

La transizione digitale in materia sanitaria nel diritto UE: nuove linee di tendenza

### **ANGELA CHIANESE**

Gestione dei rifiuti e tutela della concorrenza - Riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 7196/2023

### **CHIARA SARGIOTTA**

La fruizione del patrimonio culturale: un possibile “esercizio” di democrazia

### **FEDERICA D'AMBROSIO**

Riparto di giurisdizione per mancata assunzione dell'obbligo vaccinale

### **DAVIDE GRAVINO**

Diversamente abili ma “ugualmente mobili”: agevolazioni fiscali alla mobilità delle persone con disabilità

### **ELENA PAGETTA**

L'autonomia del socio accomandante in regime di amministrazione provvisoria

### **VINCENZO VITALE**

Peculiarità della disciplina della redazione del bilancio e dell'informazione contabile nei modelli di esercizio dell'impresa con partecipazione pubblica: società a partecipazione pubblica e aziende speciali

RIVISTA GIURIDICA EUROPEA

DIRETTORE RESPONSABILE

*Marina Valensise*

DIRETTORE SCIENTIFICO

*Lucia Picardi*

CONDIRETTORE SCIENTIFICO

*Maria Camilla Spena*

COMITATO SCIENTIFICO  
E DI VALUTAZIONE  
(SCIENZE GIURIDICHE - AREA 12)

*Filippo Annunziata*  
(Prof. associato di Diritto dell'Economia Università  
degli Studi di Milano Bocconi)

*Marco Calabrò*  
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università  
degli Studi della Campania L. Vanvitelli)

*Barbara Cortese*  
(Prof. associato di Storia del Diritto Romano Uni-  
versità degli Studi Roma Tre)

*Ruggiero Dipace*  
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Univer-  
sità del Molise)

*Delia Ferri*  
(Professor of Law Maynooth University Depart-  
ment of Law)

*Roberto Leonardi*  
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Univer-  
sità degli Studi di Brescia)

*Paola Lombardi*  
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università  
degli Studi di Brescia)

*Micaela Lottini*  
(Prof. associato di Diritto amministrativo Università  
degli Studi Roma Tre)

*Giuseppina Mari*  
(Prof. associato di Diritto Amministrativo Univer-  
sità degli Studi di Napoli Federico II)

*Francesco Marone*  
(Prof. ordinario di Diritto Costituzionale Università  
degli Studi di Napoli S. Orsola Benincasa)

*Enrico Minervini*  
(Prof. ordinario di Diritto Privato Università degli  
Studi di Napoli Federico II)

*Lucia Picardi*  
(Prof. ordinario di Diritto Commerciale Università  
degli Studi di Napoli Federico II)

*Maria Alessandra Sandulli*  
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Univer-  
sità degli Studi Roma Tre)

*Renata Spagnuolo Vigorita*  
(Prof. ordinario di Diritto Amministrativo Università  
degli Studi di Napoli Federico II)

DOCENTI STRANIERI

*Cristina Fraenkel-Haerberle*

Außerplanmäßige Professorin, Deutsche Universität für Verwaltungswissenschaften Speyer, Koordinatorin des Programmbereichs „Europäischer Verwaltungsraum“ und Gleichstellungsbeauftragte Deutsches Forschungsinstitut für Öffentliche Verwaltung Speyer

*Fernando Garcia Rubio*

Profesor titular de Derecho Administrativo Universidad Rey Juan Carlos

*Maria Teresa Carballeira Rivera*

Profesora titular de Derecho Administrativo Universidade de Santiago de Compostela (Spagna)

*Jan Lieder*

Professor of Civil law, Commercial law and Business law, Director Department Business Law at the Institute for Business, Labor and Social Law, Albert Ludwigs University of Freiburg

*Ana Munoz Perez*

Profesora titular de Derecho Mercantil Universidad Rey Juan Carlos

*Francine Macorig-Venier*

Professeur Droit Privé et Sciences criminelles Université Toulouse 1 Capitole

SEGRETERIA DEL COMITATO SCIENTIFICO E DI VALUTAZIONE

*Maria Camilla Spena*

(Prof. aggr. di Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

COMITATO EDITORIALE

*Flaminia Aperio Bella*

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)

*Alessandro Di Martino*

(Ricercatore di diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II)

*Lorenzo Mariconda*

(Assegnista di ricerca di diritto commerciale, Università degli Studi di Napoli Federico II)

*Benedetto Marsili*

(Dottorando di ricerca di diritto amministrativo, Università degli Studi di Napoli Federico II)

*Nicola Posteraro*

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi di Milano)

*Martina Sinisi*

(Professore associato di Diritto amministrativo, Università degli Studi Roma Tre)

*Maria Camilla Spena*

(Prof. aggr. Diritto Sanitario Università degli Studi di Napoli Federico II)

*Sabrina Tranquilli*

(Ricercatore di Diritto amministrativo Università degli Studi Napoli Parthenope)

SEGRETERIA DI REDAZIONE

Alessandra Bifani Sconocchia

Aldo Iannotti della Valle

Paolo Mammola

Giusy Sica

EDITORE

Edicampus Edizioni



## INDICE

### **La transizione digitale in materia sanitaria nel diritto UE: nuove linee di tendenza ..... 9**

*Rossella Benassai*

Abstract .....	9
1. Introduzione .....	11
2. Lo spazio europeo dei dati sanitari .....	13
3. La tutela dei dati sanitari nel GDPR .....	15
4. Alcuni profili del regolamento sull'Intelligenza artificiale e i dati sanitari 17	
5. L'IA e la piramide del rischio .....	19
6. Conclusioni .....	20

### **Gestione dei rifiuti e tutela della concorrenza - Riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 7196/2023 23**

*Angela Chianese*

Abstract .....	23
1. Premessa.....	25
2. Il fatto e la decisione del Consiglio di Stato .....	28
3. Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica .....	30
4. Il caso delle Autorità Amministrative indipendenti .....	36
5. La giurisprudenza in materia di ambiente e attività economiche ..45	
5. Concorrenza vs ambiente: un bilanciamento complesso .....	51

### **La fruizione del patrimonio culturale: un possibile “esercizio” di democrazia..... 57**

*Chiara Sargiotta*

Abstract .....	57
2. Patrimonio culturale e governo del territorio.....	64
3. La partecipazione dei privati nei processi decisionali di valorizzazione e fruizione dei beni culturali .....	68
4. Conclusioni minime.....	73

### **Riparto di giurisdizione per mancata assunzione dell'obbligo vaccinale..... 75**

*Federica D'ambrosio*

Abstract .....	75
1. L'emergenza: nozioni e pronunce giurisprudenziali.....	77
2. L'emergenza nel processo amministrativo .....	81
4. Riparto di giurisdizione.....	91

**Diversamente abili ma “ugualmente mobili”: agevolazioni fiscali alla mobilità delle persone con disabilità..... 99**

*Davide Gravino*

Abstract .....	99
1. Introduzione: mobilità sostenibile e disabilità.....	101
2. Riconsiderazione del concetto di disabilità.....	104
3. L’approccio fiscale al tema della disabilità: inquadramento teorico e compatibilità delle agevolazioni con i principi costituzionali.....	107
4. Agevolazioni fiscali per il settore auto.....	116
4.1 La detrazione Irpef per i mezzi di locomozione .....	117
4.2 Iva agevolata sull’acquisto di autovetture.....	119
4.3 L’esenzione dal pagamento del bollo e dall’imposta di trascrizione sui passaggi di proprietà.....	121
4.4 Agevolazioni al familiare della persona con disabilità.....	122
5. Altre agevolazioni fiscali .....	125
5.1 Spese per l’acquisto di mezzi di ausilio detraibili dall’Irpef ..	125
5.2 L’Iva ridotta per i mezzi di ausilio.....	127
5.3 La detrazione Irpef per gli addetti all’assistenza a persone non autosufficienti .....	127
5.4 Ulteriori agevolazioni per i non vedenti.....	129
6. Eliminazione delle barriere architettoniche .....	129
6.1 La detrazione Irpef per interventi di ristrutturazione edilizia ....	130
6.2 La detrazione del 75% .....	131
6.3 La detrazione del Superbonus per interventi “trainati” .....	132
7. Conclusioni.....	133

**L’autonomia del socio accomandante in regime di amministrazione provvisoria .....**137

*Maria Elena Pagetta*

Abstract .....	137
1. Il caso di specie .....	139
2. Il dibattito sull’applicazione analogica dell’art 2323 c.c. ....	139
3. Considerazioni sulla ratio dell’art. 2323 c.c. alla luce del regime di amministrazione delle società di persone. ....	145
4. Il socio accomandante nominato amministratore provvisorio. ...	149
5. Il caso limite: l’autonomia dell’unico accomandante. ....	152

**Peculiarità della disciplina della redazione del bilancio e dell’informazione contabile nei modelli di esercizio dell’im-**

**presa con partecipazione pubblica: società a partecipazione pubblica e aziende speciali.....157**

*Vincenzo Vitale*

Abstract .....	157
1. Premessa.....	159
2. Le disposizioni in materia di aziende speciali di cui alla l. n. 147/2013 .....	159
3. Cenni sulla governance delle società a controllo pubblico.....	161
4. La controversa qualificazione delle aziende speciali.....	166
5. Peculiarità della formazione del bilancio nel modello delle aziende speciali .....	176
6. Il problema dell'applicabilità della disciplina delle false comunicazioni sociali agli amministratori delle aziende speciali.....	179



# La transizione digitale in materia sanitaria nel diritto UE: nuove linee di tendenza

ROSSELLA BENASSAI

(Dottoranda di ricerca in diritto dell'Unione europea presso l'Università degli studi di Napoli Federico II)

## Abstract

Il presente contributo mira a delimitare il perimetro dello spazio europeo dei dati sanitari (EHDS) e ad analizzare alcuni aspetti peculiari del regolamento sull'intelligenza artificiale (AI ACT). Tale ricostruzione consente di evidenziare come, mediante il supporto di specifiche piattaforme, la condivisione dei dati sanitari dei pazienti può facilitare sia le diagnosi inoltre sia l'uso secondario dei dati. L'utilizzo dell'intelligenza artificiale potrà fornire una maggiore efficienza e precisione di sistemi diagnostici e di supporto decisionale attraverso il sistema della piramide del rischio.

La liberalizzazione dei dati sanitari pur favorendone la circolazione può determinare un possibile conflitto con il diritto alla riservatezza e alla *privacy* dei cittadini europei che necessitano di un'adeguata tutela. Gli Stati membri in numerose occasioni hanno interpretato il regolamento GDPR in modo non uniforme, determinando il rischio di frammentazioni e di incertezze applicative con la conseguente difficoltà in sede ermeneutica di individuare una visione eurounitaria coerente in sede eurounitaria. Ci si auspica, quindi, che i regolamenti sopra descritti (EHDS ed AI ACT) possano rappresentare quel tassello mancante per rendere la condivisione dei dati più semplice, accurata e non discriminatoria.

*This paper aims to delimit the perimeter of the european health data space and analyze some peculiar aspects of the artificial intelligence regulation. This reconstruction highlights that, through the support of specific platforms, the sharing of patients' health data can facilitate both doctors' diagnoses and the secondary use of the data. The use of artificial intelligence may provide greater efficiency and accuracy of diagnostic and decision support systems through the risk pyramid system.*

*The liberalization of health data while encouraging its circulation, may result in a possible conflict with the right to confidentiality and privacy of European citizens who need adequate protection. Member states on numerous occasions have*

*interpreted the GDPR regulation unevenly, leading to the risk of fragmentation and application uncertainties with the consequent difficulty in hermeneutics to identify a coherent vision in the European Union. It is hoped, therefore, that the regulations described above can be useful in making data sharing simpler, more accurate and non-discriminatory.*

**Sommario:** 1. Introduzione 2. Lo spazio europeo dei dati sanitari 3. La tutela dei dati sanitari nel GDPR 4. Alcuni profili del regolamento sull'Intelligenza artificiale e i dati sanitari 5. L'IA e la piramide del rischio 6. Conclusioni.

## 1. Introduzione

È ormai evidente che la salute non solo rappresenta un diritto fondamentale per l'Unione europea, ma anche un fattore di rilevante importanza per la sua crescita economica e sociale e, per tale motivo la cooperazione in questo campo è inclusa tra i venti principi del Pilastro europeo dei diritti sociali<sup>1</sup>.

La materia sanitaria è caratterizzata da un intreccio di competenze che, per taluni aspetti, ad esempio i problemi comuni di sicurezza in materia di sanità pubblica, rientrano nell'orbita di quelle concorrenti, mentre per altri, come le ipotesi di miglioramento della salute, in quelle complementari, inserendosi l'azione dell'Unione soltanto in modo integrativo ed eventuale rispetto all'attività svolta dai singoli Stati membri. A questi ultimi è riservato in via esclusiva il settore della sanità pubblica, per quanto riguarda gli aspetti non definiti dai Trattati, ovvero l'elaborazione e l'attuazione della politica sanitaria, comprese le risorse finanziarie, l'organizzazione e la fornitura dei servizi sanitari e di assistenza medica.

La disciplina dell'esercizio delle competenze in materia di politica sanitaria risulta così fortemente condizionata dalla volontà degli Stati di controllare il settore. Invero, durante la pandemia da Covid 19 le autorità nazionali hanno manifestato, almeno in un primo momento, la chiara volontà di gestire autonomamente la crisi pandemica adottando misure asimmetriche, che hanno comportato conseguenze negative sul mercato e la libertà di concorrenza, aggravano la diffusione della pandemia. In tale contesto la Commissione non ha mancato di adottare misure preventive al fine di orientare gli Stati verso priorità strategiche mediante l'adozione di quadri d'intervento operativi condivisi.

Segnatamente, vi è stato un ampliamento dell'ambito di influenza dell'UE nel campo della politica sanitaria, grazie al principio *Health In All Policies* (HIAP) che richiede di garantire un elevato *standard* di

---

<sup>1</sup> La Commissione europea, nel 2017 ha presentato una comunicazione che istituiva il "pilastro europeo dei diritti sociali". Esso ha lo scopo di offrire condizioni di vita e di lavoro migliori nell'Unione europea mediante venti principi e diritti fondamentali a loro volta divisi in tre categorie: pari opportunità e accesso al mercato del lavoro, condizioni di lavoro eque, protezione sociale e inclusione.

tutela della salute in tutte le politiche dell'Unione. Inoltre, grazie al contributo della Corte di giustizia che si è spinta ben oltre le disposizioni citate e, tramite il ricorso all'art. 114 TFUE, si è realizzato un ravvicinamento delle legislazioni, nonostante gli espliciti divieti di armonizzazione contemplati nei Trattati (v. *infra*). Invero, l'evoluzione verso una *governance* sanitaria conferma il crescente interesse per la dimensione sovranazionale della salute<sup>2</sup>.

Orbene, proprio in questo contesto è progressivamente aumentata l'attenzione verso i servizi digitali nel settore sanitario e nel marzo 2021 è stato creato un modello comunitario volto a favorire la transizione digitale (la cd. "Bussola per il digitale 2030: il modello europeo per il decennio digitale"<sup>3</sup>). Più specificamente, mediante l'utilizzo di nuove tecnologie e attraverso le diversità di metodi fornite dai *devices* elettronici e dall'intelligenza artificiale, si tenta di favorire il mercato unico europeo garantendo la libera circolazione dei dati, pur rimanendo vigili sul rispetto dei diritti fondamentali dei pazienti.

In questa scia si inseriscono numerosi regolamenti, due dei quali recentemente adottati, che sembrano rappresentare delle vere e proprie architravi nel nuovo sistema di *governance* sanitaria e digitale. Si tratta dello "spazio europeo dei dati sanitari" (EHDS)<sup>4</sup> e del "regolamento sull'intelligenza artificiale" (AI act)<sup>5</sup>, entrambi fondati sulle medesime basi giuridiche. L'art. 16 TFUE inerisce ai dati di carattere personale che si riferiscono a ciascun individuo, e all'azione del Parlamento e del Consiglio che possono fissare norme che tutelino le persone fisiche con riguardo al trattamento personale dei dati da parte di istituzioni, organismi e organi dell'Unione, e dagli Stati membri nell'esercizio di attività che rientrano nel campo di

<sup>2</sup> In tal senso si veda P. DE PASQUALE, O. PALLOTTA, *Art. 114 TFUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, 1262 ss.; C. PESCE, *Sanità*, in G. TE-SAURO (a cura di), *Manuale di diritto dell'Unione europea*, vol. II, Napoli, 2021, 469 ss.; F. ROLANDO, *L'emergenza sanitaria Covid-19 e il diritto dell'Unione europea. La crisi, la cura, le prospettive*, in *Eurojus.it*, 2020, 1 ss.

<sup>3</sup> V. SALVATORE, *L'Unione europea disciplina l'impiego dell'intelligenza artificiale e dei processi di digitalizzazione anche al fine di promuovere la tutela della salute*, in V. SALVATORE (a cura di), *Digitalizzazione, intelligenza artificiale della salute nell'Unione europea*, Torino, 2023, 3 ss.

<sup>4</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari, COM(2022) 197 final, del 3 maggio 2022.

<sup>5</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale (legge sull'intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell'Unione, COM(2021) 206 final, del 21 aprile 2021.

applicazione del diritto dell'Unione e le norme inerenti alla libera circolazione di tali dati. Il ricorso all'art. 114 TFUE è giustificato dal fatto che il regolamento in parola si caratterizza per le esigenze di miglioramento del funzionamento del mercato interno e, nonostante l'armonizzazione delle norme nazionali nel settore della salute pubblica sia vietata dagli art. 2 par. 5, comma 2 e 168, par. 5 TFUE, il suo utilizzo viene legittimato dall'esistenza di una giurisprudenza europea ormai consolidata sul punto.<sup>6</sup>

## 2. Lo spazio europeo dei dati sanitari

Dal Preambolo della proposta sullo spazio europeo dei dati sanitari (EHDS), avanzata dalla Commissione nel maggio 2022, risulta evidente che la transizione digitale investe ormai profili che coinvolgono l'innovazione e, allo stesso tempo, la sicurezza dei dati condivisi tra Stati membri.

Lo spazio europeo dei dati sanitari è stato poi adottato il 24 aprile 2024 dal Parlamento europeo e dal Consiglio ed è un atto che mira proprio a realizzare questi obiettivi, nel rispetto dei diritti fondamentali della *privacy* esplicitati nelle disposizioni del GDPR.

L'EHDS, che ha come scopo principale quello di rendere più facile ed immediata la condivisione dei dati sanitari in tutto il territorio europeo, vedrà la sua applicazione nel 2026, pertanto i suoi risvolti pratici risultano lontani nel tempo, ma appare necessario effettuare una breve descrizione dello stesso per comprenderne i punti di forza e le criticità.

L'obiettivo principale dell'EHDS è quello di garantire il pieno controllo dei dati per una migliore assistenza sanitaria in tutta l'Unione europea attraverso un accesso immediato da parte dei pazienti (e non solo) ai propri dati.

I soggetti che si trovano all'estero potranno così accedere a informazioni relative alla propria salute attraverso la custodia da parte dello Stato membro di origine dei propri dati. Questa modalità di raccolta renderà più facile e immediato il processo decisionale basato sulle evidenze già acquisite ed eviterà la ripetizione di esami e test; in tal modo i medici curanti potranno giungere a decisioni più celeri. Il regolamento in parola si occupa inoltre di rilevare i dati sanitari resi per scopi di ricerca scientifica a condizioni rigorose. Invero, essi verranno elaborati e scambiati nel pieno rispetto di stringenti criteri

<sup>6</sup> Corte U. E, 5 ottobre 2000, C-376/98, Germania c. Parlamento e Consiglio, p.to 88.

di sicurezza, favorendo così l'accesso agli stessi da parte dei pazienti dell'UE, nel rispetto oltre che dei diritti fondamentali, delle norme sulla sicurezza informatica. In particolare i dati contribuiranno a sviluppare trattamenti salvavita, farmaci personalizzati e a migliorare la preparazione alle eventuali crisi sanitarie in Europa.

L'EHDS sfrutterà le tecnologie esistenti e future come l'intelligenza artificiale, il calcolo ad alte prestazioni, il *cloud computing* e il *middleware*-intelligente per ottimizzare la gestione dei dati sanitari.

Per realizzare detti obiettivi l'EHDS si avvale di due piattaforme: MyHealth@EU e HealthData@EU. La prima, già esistente, nasce da un'iniziativa europea che mira a facilitare lo scambio di dati sanitari elettronici tra i cittadini dell'UE offrendo servizi di ricette elettroniche inviate dal proprio Paese di residenza al fine di ottenere medicinali in farmacie europee e fornendo un riepilogo del profilo sanitario che contiene informazioni salienti sulla salute del paziente (allergie, farmaci assunti, patologie preesistenti e interventi chirurgici). Inoltre, verrà consentito ai cittadini di accedere e condividere referti, risultati di laboratorio e lettere di dimissione ospedaliera; questi dati saranno integrati nella loro cartella clinica elettronica. Per attuare le nuove disposizioni gli Stati membri dovranno istituire un punto di contatto nazionale per garantire il collegamento con la piattaforma centrale e con gli altri punti di contatto nazionali. Questi ultimi rendono possibile lo scambio di dati sanitari personali in un formato standard europeo, mediante norme e tecniche di sicurezza scelte dalla Commissione. Allo stesso tempo gli Stati membri devono assicurare che tutti i prestatori di assistenza sanitaria e le farmacie siano collegati ai punti di contatto nazionali al fine di scambiare dati sanitari elettronici. Pertanto, la Commissione e gli Stati membri condividono la responsabilità del trattamento dei dati sanitari<sup>7</sup>. La seconda piattaforma, invece, consentirà ai ricercatori di accedere a dati sanitari anonimizzati per la ricerca medica e sarà gestita da un progetto biennale che faciliterà lo scambio transfrontaliero di dati sanitari per la ricerca. Il progetto pilota svilupperà una rete di nodi che rappresentano diversi intermediari, fornitori e consumatori di dati. La Commissione europea fornirà i servizi centrali per il progetto, mentre gli Stati membri saranno responsabili del finanziamento degli utenti finali e degli organismi di accesso ai dati sanitari<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> L. RUFO, *Digitalizzazione e condivisione dei dati sanitari: uno spazio comune europeo dei dati*, in V. SALVATORE (a cura di), *Digitalizzazione, Intelligenza artificiale e tutela della salute nell'Unione europea*, Torino, 2023, 187 ss.

<sup>8</sup> Comunicazione della Commissione europea sull'accordo politico tra Parlamento eu-

### 3. La tutela dei dati sanitari nel GDPR

Lo spazio europeo dei dati sanitari e il regolamento sull'intelligenza artificiale si inseriscono all'interno del panorama digitale europeo tentando di bilanciare adeguatamente le proprie prerogative con il rispetto dei diritti fondamentali e di consolidare quelli già previsti all'interno del GDPR. Quest'ultimo, nonostante sia il fulcro della normativa sui dati, presenta pochi riferimenti alla materia sanitaria, e nelle poche disposizioni in materia offre comunque un sostanziale equilibrio tra la tutela della *privacy* e la libera circolazione dei dati sanitari, identificati come "dati sensibili".

In particolar modo l'art. 4, n. 15 stabilisce che i dati sanitari sono tutti quei dati personali relativi ad un individuo, alla sua salute mentale e fisica e il considerando 35 GDPR che fa riferimento alle informazioni passate e future concernenti lo stato di salute del soggetto, come malattie o l'esposizione al rischio di contrarle<sup>9</sup>.

A ben vedere, è opportuno sottolineare che il contenuto di cui all'art. 15 GDPR (di tutela all'accesso ai dati da parte degli interessati) e il diritto alla portabilità *ex* art. 20 GDPR sono confermati dallo spazio europeo dei dati sanitari che, oltretutto, ne implementa la portata mediante i cd. dati desunti, non contenuti nel regolamento sulla *privacy*, il quale prevede, invece, soltanto l'uso di dati trattati sulla base di un contratto o del consenso.

Ciò che non sfugge all'attenzione, ai sensi di una recente giurisprudenza della Corte di giustizia, è che gli Stati membri hanno dato luogo ad interpretazioni più restrittive di quanto non abbia previsto il GDPR stesso, determinando talvolta delle antinomie.

Uno degli esempi più recenti è rappresentato dal caso *FT (Copies du dossier médical)*<sup>10</sup>. La Corte di giustizia ha affermato che il GDPR sancisce il diritto del paziente di ottenere una prima copia della cartella clinica senza spese e senza che debba motivare la propria richiesta; soltanto nell'ipotesi in cui venga domandata una seconda copia della

---

ropeo e Consiglio dell'Unione europea sul EHDS, del 15 marzo 2024, Bruxelles; Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio sullo spazio europeo dei dati sanitari, 3 maggio 2022, COM(2022) 197 final. Sul punto sia consentito rimandare a R. BENASSAI, *La digitalizzazione in ambito sanitario: nuove prospettive nel diritto dell'Unione Europea*. in F. FERRARO, R. ALFANO, A. ARENA (a cura di), *1993-2023: Trent'anni di mercato interno*, Napoli, 2023, 111 ss.

<sup>9</sup> Considerando 35 GDPR: «una disabilità, l'anamnesi medica, i trattamenti clinici o lo stato fisiologico o biomedico dell'interessato».

<sup>10</sup> Corte U. E., 26 ottobre 2023, C-307/22, *FT*.

cartella sono previste delle spese a suo carico.

È chiaro quindi che la normativa tedesca *ex art. 630g, par. 2*, del codice civile tedesco (BGB), non possa onerare un paziente delle spese della prima copia della sua cartella medica, neanche per garantire gli interessi economici dei professionisti. In questo caso la richiesta di accesso alla propria cartella clinica era stata presentata dalla paziente al fine di far valere l'utilizzo secondario dei dati sanitari (per ottenere un risarcimento dal medico per danno ortodontico).

La novità della sentenza è infatti rappresentata da un'interpretazione più estensiva del considerando 63 GDPR che, letto in combinato disposto con l'art. 12 par. 5 e art. 15 par. 1 e 3, consentirebbe l'obbligo da parte del titolare del trattamento dei dati sanitari a rendere possibile l'accesso alla prima copia dei dati del paziente (a titolo gratuito). Ciò al fine di rendere l'interessato non solo consapevole del trattamento e di verificarne la liceità, ma anche nelle ipotesi di natura secondaria motivate da una finalità diversa.

Un secondo caso concernente un'interpretazione restrittiva da parte di uno Stato membro delle norme del GDPR in ambito sanitario, è stato affrontato dalla Corte di giustizia nella causa C-667/21 ZQ<sup>11</sup>. La Corte si è espressa con riferimento ad un lavoratore che conveniva in giudizio il suo datore di lavoro al fine di ottenere un risarcimento del danno per il trattamento illecito di suoi dati sensibili. Il paziente/lavoratore sosteneva infatti che, al fine di tutelare la propria riservatezza sul suo stato di salute, la perizia medica per inabilità al lavoro dovesse essere resa da un servizio medico e non direttamente dal suo datore di lavoro, o meglio dal servizio medico di una cassa di malattia che aveva ricevuto informazioni sullo stato di salute del paziente dal suo medico curante. I giudici di Lussemburgo, nonostante avessero ritenuto che il caso di specie confluisse nelle deroghe al divieto di utilizzo di dati sensibili prevista dall'art. 9, par. 2, lett. h), hanno ritenuto necessario stabilire il carattere preventivo speciale o generale dell'art. 82<sup>12</sup>, valutando in caso affermativo

<sup>11</sup> Corte U. E, 21 dicembre 2023, C-667/21, ZQ.

<sup>12</sup> Art. 82 GDPR: "Chiunque subisca un danno materiale o immateriale causato da una violazione del presente regolamento ha il diritto di ottenere il risarcimento del danno dal titolare del trattamento o dal responsabile del trattamento. Un titolare del trattamento coinvolto nel trattamento risponde per il danno cagionato dal suo trattamento che violi il presente regolamento. Un responsabile del trattamento risponde per il danno causato dal trattamento solo se non ha adempiuto gli obblighi del presente regolamento specificatamente diretti ai responsabili del trattamento o ha agito in modo difforme o contrario rispetto alle legittime istruzioni del titolare del trattamento".

anche la colpa dei responsabili del trattamento o del titolare dello stesso, al fine di quantificare il danno subito.

Questa sentenza presenta aspetti particolarmente significativi, poiché ha stabilito una funzione compensativa e non più dissuasiva o punitiva del risarcimento. Invero, la colpa presunta è a carico del titolare o responsabile del trattamento dei dati, e il grado della stessa non rileva per la quantificazione del danno. In tal la Corte ha ampliato la nozione di danno, che non è appunto circoscritto alla sola perdita economica, ma contiene anche aspetti quali la violazione della dignità personale o la perdita del controllo sui propri dati personali. Vi è un'inversione dell'onere della prova, mentre il soggetto danneggiato deve provare solo la violazione e il danno, il titolare, invece, deve provare di non essere responsabile dell'evento dannoso. Nonostante il GDPR volesse rendere più agevole la libera circolazione e condivisione dei dati, molto spesso ha finito per rallentare il processo di attuazione ed interpretazione da parte degli Stati membri. Sussistono, quindi, fondate preoccupazioni in materia di sicurezza dei dati a causa delle diverse interpretazioni offerte dagli Stati membri in relazione al GDPR, ma un piccolo passo in avanti potrebbe essere compiuto attraverso la normativa dello spazio europeo dei dati sanitari, che conferma e implementa il contenuto dell'atto in questione attraverso l'armonizzazione di cui all'art. 114 TFUE.

#### **4. Alcuni profili del regolamento sull'Intelligenza artificiale e i dati sanitari**

Il secondo atto di particolare interesse per la seguente trattazione è stato adottato dal Parlamento europeo e dal Consiglio il 21 maggio 2024. Si tratta del regolamento sull'intelligenza artificiale che è il primo al mondo a fissare degli *standard* univoci nonché a stabilire regole armonizzate nell'ambito dell'IA.

Occorre tenere presente che tale atto ha come obiettivo principale quello di prevenire i rischi per la sicurezza che un prodotto nel suo insieme può generare in virtù della presenza di componenti digitali, compresi i sistemi di IA. È dunque necessario che i sistemi diagnostici e di sostegno delle decisioni dell'uomo, sempre più sofisticati, siano affidabili e accurati, coerentemente con gli obiettivi della normativa di armonizzazione dell'Unione di agevolare la libera circolazione dei prodotti nel mercato interno e di garantire che solo quelli

sicuri e conformi possano essere immessi sul mercato.

Si tratta di un atto che si basa sul “sistema del rischio”: maggiore è il danno che potenzialmente viene arrecato alla società, tanto più rigorose saranno le regole per prevenirlo. Esso, da un lato, si prefigge l’obiettivo di creare dei sistemi affidabili e sicuri in tutto il mercato unico europeo e, dall’altro quello di garantire un bilanciamento adeguato con i diritti fondamentali degli individui.

Il testo della proposta di regolamento propone di classificare come sistemi di IA ad alto rischio (a titolo esemplificativo) quelli che sono utilizzati per la valutazione della determinazione dei prezzi nelle assicurazioni sulla vita e sanitarie<sup>13</sup>; questi sistemi possono avere un impatto significativo sulle persone e, se non progettati correttamente, determinare fenomeni di discriminazione. Vi sono inoltre sistemi usati per valutare e classificare le telefonate ed inviare servizi di emergenza o stabilire le loro priorità; è altresì emersa la necessità di implementare una medicina non solo di “prossimità”, ma anche “da remoto”. In tal modo si potrà evitare che il paziente si rivolga tardivamente all’ospedale e che i medici siano in grado di effettuare una diagnosi precoce e una gestione delle emergenze a distanza. In tale contesto gli operatori sanitari possono produrre delle diagnosi più celeri e, allo stesso tempo garantire qualità di assistenza ai propri pazienti, consultando i colleghi specialisti e le strutture ospedaliere territoriali.

Peraltro, il testo propone di facilitare l’accesso a dati di alta qualità per lo sviluppo e la valutazione di sistemi di IA ad alto rischio (v. infra). Ciò è necessario per garantire che tali sistemi siano sicuri, affidabili e non discriminatori e di creare spazi comuni europei di dati. Questo permetterebbe una condivisione più sicura e responsabile per l’addestramento, la convalida e il test dei sistemi di IA<sup>14</sup>.

<sup>13</sup> Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che definisce regole armonizzate sull’intelligenza artificiale (legge sull’intelligenza artificiale) e modifica alcuni atti legislativi dell’Unione, COM (2021) 206 final, 21 aprile 2021.

<sup>14</sup> F. SCIALOIA, *L’Unione europea apre la strada alla creazione dello spazio europeo dei dati sanitari*, in V. SALVATORE (a cura di), *Digitalizzazione, intelligenza artificiale e tutela della salute nell’Unione europea*, Torino, 2023, 201 ss; S. CORSI, *Lo spazio europeo dei dati sanitari: la Commissione Europea presenta la proposta di regolamento*, in *Federalismi.it*, 2022.

## 5. L'IA e la piramide del rischio

La particolarità degli strumenti di intelligenza artificiale in ambito sanitario è data dal fatto che essi sono regolati da interventi legislativi in senso orizzontale, che identificano requisiti obbligatori per tutti i sistemi di IA, poiché gli stessi sono molto variegati ed eterogenei tra di loro.

Segnatamente, viene utilizzato un modello a piramide del rischio utilizzato sia nelle normative sui dispositivi medici e successivamente nel GDPR e che riguarda anche il regolamento sull'intelligenza artificiale e più ampiamente tutto il Pacchetto digitale. Più specificamente, l'approccio basato sul rischio riguarda gli strumenti che comportano: i) un rischio inaccettabile; ii) un rischio alto; iii) un rischio basso o minimo. All'interno del regolamento sull'intelligenza artificiale sono specificate tutte le pratiche vietate, tra queste si evidenziano i sistemi di IA che prevedono profili contrari ai valori dell'Unione, in quanto violano i diritti fondamentali<sup>15</sup>. Inoltre, sono precisate le regole *ad hoc* per i sistemi ad alto rischio. Quest'ultimo viene valutato in base alla funzione svolta dal sistema di IA, le finalità e le modalità di utilizzo del sistema in questione, la legittimità degli stessi resa mediante dei controlli *ex ante*. Le finalità ad alto rischio riguardano ad esempio quei sistemi di identificazione biometrica remota, destinati a essere utilizzati per conto di autorità pubbliche per valutare l'ammissibilità delle persone fisiche alle prestazioni e ai servizi di assistenza pubblica, oppure quelli usati per inviare servizi di emergenza di primo soccorso o per stabilire priorità in merito all'invio di tali servizi anche di assistenza medica.

Considerato che sono necessarie la documentazione e la raccolta delle registrazioni, i fornitori devono tenere una documentazione completa del sistema e delle sue operazioni, conservando i registri per un periodo adeguato. Gli utenti devono essere informati sulle modalità di funzionamento del sistema di intelligenza artificiale e sull'utilizzo dei propri dati per prevenire o mitigare potenziali rischi.

A garanzia della riservatezza e della *privacy* i sistemi devono essere

---

<sup>15</sup> COM (2021) 206 final, 21 aprile 2021: "Si tratta di pratiche che potenzialmente possono condurre alla manipolazione delle persone attraverso tecniche subliminali, allo sfruttamento delle vulnerabilità di specifici gruppi, quali i minori o le persone con disabilità, per distorcere il loro comportamento in maniera tale da provocare loro o a un'altra persona un danno psicologico o fisico".

progettati per essere beni strutturati accurati e sicuri contro attacchi informatici e malfunzionamenti. I fornitori hanno la flessibilità di scegliere le soluzioni tecniche per conformarsi ai requisiti, purché dimostrino la loro efficacia e siano responsabili delle scelte effettuate.

È il caso di aggiungere che il regolamento prevede la creazione di codici di condotta volontari per le pratiche di intelligenza artificiale a basso rischio che possono includere impegni su temi quali la sostenibilità ambientale e l'accessibilità. I codici di condotta saranno gestiti da un sistema di *governance* a livello di Stati membri, con la supervisione di un comitato europeo per l'intelligenza artificiale<sup>16</sup>. Invero, già si intravedono norme nazionali volte a disciplinare l'IA, col rischio di una riduzione della certezza del diritto ed una frammentazione del mercato. Più specificamente, il Titolo VI e il Titolo VIII della proposta di regolamento rendono evidente la volontà del legislatore di lasciare agli Stati una certa discrezionalità, soprattutto alla luce dell'art. 59<sup>17</sup>. Si propende verso l'ipotesi di un rischio di frammentazione del mercato a livello nazionale, poiché tali autorità nazionali potrebbero non essere adeguatamente pronte, sia da un punto di vista economico che tecnico<sup>18</sup>.

## 6. Conclusioni

Alla luce di quanto fino a questo momento ricostruito, risulta evidente che nel settore sanitario, in cui è previsto l'utilizzo di dati sensibili, da gestire con un occhio ancor più attento, lo spazio europeo dei dati sanitari ed il regolamento sull'intelligenza artificiale hanno lo scopo di determinare una maggiore efficienza e precisione dei sistemi diagnostici e di supporto decisionale, migliorando la qualità delle cure e la sicurezza dei pazienti. Tali regolamenti costituiscono il pezzo di un *puzzle* ancora in fase di completamento basato sull'armonizzazione di regole a livello europeo e, allo stesso tempo,

<sup>16</sup> M. OROFINO, *La questione del sotto utilizzo dell'intelligenza artificiale in campo sanitario: spunti di rilievo costituzionale*, in *Queste istituzioni*, 168 ss.

<sup>17</sup> COM (2021) 206 final, 21 aprile 2021, art. 59: «ciascuno Stato membro istituisce o designa autorità nazionali competenti al fine di garantire l'applicazione e l'attuazione» del regolamento e che, secondo il successivo par. 4, gli Stati membri «garantiscono che le autorità nazionali competenti dispongano di risorse finanziarie e umane adeguate per svolgere i loro compiti»

<sup>18</sup> M. INGLESE, *Il regolamento sull'intelligenza artificiale come atto per il completamento e il buon funzionamento del mercato interno?*, AISDUE, 2024.

da spazi di manovra riservati alle autorità nazionali per il controllo dei dati digitali, nel tentativo di favorire la libera circolazione dei prodotti e dei servizi digitali, stimolando l'innovazione e la competitività nel mercato interno.

Nell'ambito di questo scenario l'Unione europea si trova di fronte ad un cambiamento epocale, reso possibile da un rafforzamento delle garanzie contenute all'interno del GDPR e un'attenzione maggiormente rivolta al diritto alla riservatezza ed alla *privacy* dei cittadini europei.

Per le ragioni precedentemente esposte, i dati sanitari dovrebbero essere accompagnati e sostenuti da precauzioni adeguate a prevenire qualsiasi rischio di riconoscimento dei soggetti interessati.

Ciò emerge dall'attività ermeneutica della Corte di giustizia che è chiamata a confrontarsi con una rapida evoluzione digitale dai confini ancora abbozzati ed incerti.

Questo può rappresentare un rischio di frammentazioni e incertezza sul piano giuridico, che risulta in modo evidente dalle suddette tendenze da parte degli Stati ad interpretare il GDPR in maniera non uniforme. Come si è brevemente illustrato, inoltre, è opportuno sollevare alcuni profili di criticità rispetto alla formazione dei comitati di controllo che saranno composti da soggetti aventi carattere nazionale, di conseguenza si mette in discussione la possibilità di avere una visione genuinamente comunitaria, dei profili di valutazione del rischio. È evidente che al fine di giungere ad un risultato proficuo per l'anno 2030 e di arrivare agli scopi prefissati dalla "Bussola per il digitale" il rispetto delle normative sulla *privacy* e dei suoi principi fondamentali deve necessariamente costituire il nucleo di una regolamentazione che seppur preveda l'intervento degli Stati membri mediante le proprie autorità nazionali, lo faccia attraverso un'adeguata competenza tecnica nella gestione e protezione dei dati sanitari.

Nonostante l'effettiva entrata in vigore dei due regolamenti nell'anno 2026 appaia (relativamente) lontana, è necessario prefigurarsi le possibili conseguenze dello spazio europeo dei dati sanitari e del regolamento sull'intelligenza artificiale, nel tentativo di rimediare le attuali lacune normative<sup>19</sup>, con l'auspicio che i regolamenti sopra de-

---

<sup>19</sup> L. RINALDI, *Intelligenza artificiale, diritti e doveri nella Costituzione italiana*, in DPCE Online, 1/2022, 201 ss.; G. M. LOMBARDI, *Contributo allo studio dei doveri*, cit.; S. RODOTÀ, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milano, 2006, 39 ss.; F. POLACCHINI, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016; A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale*

scritti possano rappresentare uno spazio ampio affinché l'agevolazione della condivisione dei dati tra imprese e i governi, nell'interesse pubblico, rendano semplice, non discriminatorio e responsabile l'utilizzo di tali dati di elevata qualità attraverso i quali potranno realizzarsi beni e servizi digitalizzati evoluti e protetti.

---

*le: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in A. D'ALOIA (a cura di), *Intelligenza artificiale e diritto, Come regolare un mondo nuovo*, Milano, 2020, 198 ss.; F. FERRI, *Il giorno dopo la rivoluzione: prospettive di attuazione del regolamento sull'intelligenza artificiale e poteri della Commissione europea*, in AISDUE, 2024, 17 ss; E. EQUIZI, *Intelligenza artificiale: profili di opportunità e di criticità nella irrinunciabile tutela dei diritti fondamentali*, in *dirittifondamentali.it*, 2024.

# Gestione dei rifiuti e tutela della concorrenza - Riflessioni a margine della sentenza del Consiglio di Stato n. 7196/2023

ANGELA CHIANESE

(Dottoranda di ricerca in Diritto dell'economia, Università degli Studi di Napoli Federico II)

## Abstract

Il contributo si pone l'obiettivo di riflettere sul rapporto tra “sviluppo” e “ambiente” e sul principio dello sviluppo sostenibile, quale sintesi dei due ordini di valori.

In particolare, il Consiglio di Stato, con la pronuncia in commento, si interroga circa i limiti del sindacato esercitabile dal giudice sulle valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti.

Appare evidente che un contrasto tra ambiente, da una parte, ed iniziativa economica privata, dall'altra, necessita di ricercare un punto di equilibrio secondo i principi di ragionevolezza e proporzionalità. Questa riflessione diviene di maggiore interesse alla luce della recente modifica dell'art. 41 della Costituzione, che ha ampliato i limiti all'iniziativa economica ed è volta a favorire l'intervento pubblico, mediante programmi e controlli, a fini ambientali.

Di conseguenza, l'esercizio di quel diritto non deve recare danno alla salute e all'ambiente.

*The paper aims to inquire the relationship between “development” and “environment”, in connection with the principle of sustainable development, as a synthesis of the two orders of values.*

*In particular, the Council of State, with this case, focuses the extent of judicial review over the technical assessments of independent authorities.*

*It seems clear that a contrast between the environment, on the one hand, and private economic initiative, on the other, requires of balancing based on principle of reasonableness and proportionality.*

*This consideration has become a core topic in the light of the recent revision on the article 41 of the Constitution has extended the limits to the freedom of private economic initiative and is aimed at encouraging public intervention, through programmes and controls, for environmental purposes.*

*So, the exercise of that right does not harm health and the environment.*



**Sommario:** 1. Premessa 2. Il fatto e la decisione del Consiglio di Stato 3. Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica 4. Il caso delle Autorità Amministrative Indipendenti 5. La giurisprudenza in materia di ambiente e attività economiche 6. Concorrenza vs ambiente: un bilanciamento complesso

## 1. Premessa

Il Consiglio di Stato si esprime in merito al problematico rapporto tra tutela dell'ambiente, in particolar modo in materia di rifiuti, e tutela della concorrenza. Invero, nel nostro ordinamento non esistono valori tutelati in via assoluta, bensì è richiesto un bilanciamento tra i diversi principi.

Il legislatore tenta di costruire un legame tra i due ambiti, apparentemente in contrasto, mediante la legge sulla concorrenza, che ha dettato disposizioni volte ad incentivare e favorire il dinamismo concorrenziale nel settore di gestione dei rifiuti<sup>1</sup>.

La vicenda in esame risulta di particolare interesse stante l'evoluzione della rilevanza del bene ambiente, confermata dalla più recente introduzione, nell'ambito dei principi fondamentali della Costituzione, di un'espressa menzione all'interesse ambientale nell'art.9, che si affianca al preesistente timido riferimento alla tutela dell'ambiente contenuto nell'art. 117 della Costituzione in materia di competenza esclusiva statale<sup>2</sup>.

Al fine di tutelare l'ambiente, l'ordinamento nazionale, su impulso delle direttive provenienti dall'Unione Europea<sup>3</sup>, ha avviato una regolamentazione anche nel settore dei rifiuti.

Infatti, mediante la disciplina comunitaria si assiste ad un cambia-

---

<sup>1</sup> Il riferimento è all'art. 15 della legge 118/22 che al fine di perseguire gli obiettivi del PNRR prevede l'introduzione di *"norme finalizzate a rafforzare l'efficienza e il dinamismo concorrenziale nel settore della gestione dei rifiuti, nella prospettiva di colmare le attuali lacune impiantistiche"*.

<sup>2</sup> La Legge Costituzionale n. 1/2022 ha introdotto all'art.9 della Costituzione il comma 3 ai sensi del quale la Repubblica *"tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni. La legge dello Stato disciplina i modi e le forme di tutela degli animali"*. Per completezza si precisa che vi è stata anche la modifica dell'art.41 della Costituzione aggiungendo che l'attività economica privata non può recare danno all'ambiente. Sulle considerazioni sul punto si rinvia a F. DE LEONARDIS, *La riforma "bilancio" dell'art. 9 e la riforma "programma" dell'art. 41 Cost. nella legge costituzionale n. 1/2022: suggestioni a prima lettura*, in *Apertacontrada*, 2022.

<sup>3</sup> Si richiama la direttiva 75/442/CE che propone di includere la politica dei rifiuti nell'ambito della *policy* ambientale. Inoltre, anche il codice dell'ambiente di cui al Decreto legislativo 3 aprile 2006, n.152, attuazione della legge di delega n. 308 del 15 dicembre 2004 è esecuzione di direttive europee.

mento nella visione dei rifiuti<sup>4</sup>, non più concepiti come un prodotto finito del quale bisogna disfarsi, ma come una risorsa, vale a dire come fonte di nuova ricchezza grazie al riciclaggio che ne permette il riutilizzo<sup>5</sup>. In tal modo, si afferma il concetto di economia circolare: *un'economia pensata per potersi rigenerare da sola*<sup>6</sup>.

Com'è stato rilevato, da un lato, la disciplina nasce su impulso europeo ma dall'altro lato, è doveroso evidenziare che l'Italia è stata il secondo Paese europeo ad attribuire le competenze in materia di rifiuti ad un'Autorità indipendente specializzata. Ed anzi, ciò che manca, ancora tutt'ora, è un regolatore unico europeo che si occupi di coordinare i vari regolatori previsti dalle legislazioni statali, a differenza di quanto accade in altri settori<sup>7</sup>.

L'attribuzione di compiti regolatori all'ARERA in materia di gestione del ciclo dei rifiuti mira, tra i vari obiettivi, ad uniformare le differenti modalità di gestione del servizio sull'intero territorio nazionale. Invero, anche in tale settore rileva il divario territoriale tra Nord e Sud<sup>8</sup>, acuito dall'emergenza rifiuti dell'inizio del ventunesi-

<sup>4</sup> G. CITRONI, A. LIPPI, *Pubblico e privato nella governance dei rifiuti in Italia* in *Rivista Italiana di Politiche Pubbliche*, n. 1/2009. Gli Autori affermano che la definizione di rifiuto è un elemento incerto e dibattuto per le conseguenze giuridiche che comporta, in quanto tutto ciò che rientra nella nozione di rifiuto ha uno statuto regolatorio restrittivo. Le decisioni della Corte di Giustizia europea inducono ad adottare un'interpretazione estensiva della definizione ed invero, oggi l'art. 183 del dlgs.152/2006 accoglie una nozione ampia. In particolare, la nozione si compone di due elementi: l'elemento oggettivo ai sensi del quale il rifiuto deve assumere la consistenza di oggetto o sostanza con l'esclusione di ogni sostanza gassosa e di tutti i beni immobili; mentre l'elemento soggettivo fa riferimento alla volontà del detentore di disfarsi del rifiuto.

Si richiama sul punto anche M. STUTTMANN *Der Rechtsbegriff "Abfall"*, in *NVwZ*, 2006, p. 461. Secondo l'A. «il diritto dei rifiuti è particolarmente appassionante perché nessuno sa esattamente che cosa significhi la parola rifiuto».

<sup>5</sup> Si veda F. DE LEONARDIS, *I rifiuti: da problema a "risorsa" nel sistema dell'economia circolare*, in G. ROSSI (a cura di), *Diritto dell'ambiente*, Torino, 2021.

<sup>6</sup> Espressione di E. FORTE, D. MIOTTI, *La gestione del ciclo dei rifiuti, da problema igienico ambientale a risorsa per lo sviluppo economico. Una transizione agevolata da una proposta innovativa: la nave ecologica*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 4/2018. Gli Autori rilevano l'importanza di un cambiamento da un'economia lineare basata sullo schema: estrazione, produzione, consumo, smaltimento ad un'economia circolare che punti ad uno sviluppo sostenibile con rifiuti ridotti a zero.

<sup>7</sup> Basti pensare, per restare nei settori di competenza dell'ARERA, all'ACER (*Agency for the cooperation of Energy regulators*), organo di coordinamento del settore energetico e al WAREG (*European Water Regulators, Knowledge and Regulation for quality services*), organo di coordinamento del settore idrico.

<sup>8</sup> Il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza proprio nell'ambito del superamento del

mo secolo<sup>9</sup>, che aveva portato alla proposta di istituire un'Agenzia per il territorio del Mezzogiorno, volta a disciplinare i vari aspetti della gestione dei rifiuti.

Ancora oggi<sup>10</sup>, infatti, l'ARERA, rilevando differenze per numero di impianti, ha adottato un modello di regolazione tariffaria "asimmetrica", al fine di colmare il *gap* esistente tra le diverse aree del Paese<sup>11</sup> mediante meccanismi di incentivazione, che cercano di garantire a tutti i cittadini il medesimo livello di prestazioni essenziali<sup>12</sup>.

---

divario territoriale considera «le raccomandazioni specifiche della Commissione Europea sull'Italia invitano a investire al Sud sulle infrastrutture per la gestione dei rifiuti e le infrastrutture idriche».

<sup>9</sup> Sull'individuazione delle molteplici cause che generarono l'emergenza si rinvia a M. GNES, *L'emergenza nello smaltimento dei rifiuti e la proposta di istituzione di un'Agenzia per il territorio del Mezzogiorno* in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 2/2010. L'A. richiama, tra le altre cause, lo scarso sviluppo della raccolta differenziata, la lavorazione di bassa qualità dei rifiuti, le infiltrazioni della criminalità nella gestione dei rifiuti e la commistione tra politica ed amministrazione.

<sup>10</sup> Nella sentenza in esame il Consiglio di Stato richiama il Rapporto di gestione 2019 del Corepla nel quale si evidenzia che i Centri di Selezione e Stoccaggio (CSS) situati al Nord hanno capacità di selezione elevata, maggiore rispetto al gettito di raccolta dell'area geografica. Mentre il Sud Italia presenta una composizione di CSS più variegata, il Centro e le Isole sono le zone in cui si ha la più bassa capacità di selezione installata che risulta inferiore al gettito di raccolta.

<sup>11</sup> Nella delibera 242/2019/A si legge: "L'Autorità, oltre a disciplinare i contenuti minimi dei contratti di servizio, intende promuovere la trasparenza sulla qualità delle prestazioni erogate agli utenti, nonché una graduale convergenza a livello nazionale verso standard minimi di qualità (commerciale e tecnica) dei servizi resi, anche tenuto conto che l'assenza, di uno schema tipo di carta dei servizi settoriale, diversamente dagli altri settori regolati dall'Autorità, ha dato luogo a un'estrema eterogeneità delle prassi adottate".

<sup>12</sup> Sul punto si veda il Comunicato Stampa diffuso dall'ARERA del 4 agosto 2021, TARI e rifiuti: al via il MTR-2, la regolazione delle tariffe arriva agli impianti di trattamento.

## 2. Il fatto e la decisione del Consiglio di Stato

Con la sentenza n. 7196/2023, il Consiglio di Stato si è pronunciato in merito al sistema tariffario di gestione dei rifiuti, il cd. MTR-2, disciplinato nella delibera 363/2021<sup>13</sup>. Tale pronuncia ribalta la decisione del T.A.R. Lombardia<sup>14</sup>, che aveva rigettato il ricorso volto all'annullamento della predetta delibera.

Preliminarmente, occorre rilevare che la gestione del ciclo dei rifiuti si articola in attività a monte, ossia raccolta e trasporto e attività a valle, finalizzate allo smaltimento.

La questione oggetto della sentenza in esame nasce dal ricorso presentato da “Masotina S.p.A.”, società operante a valle dell'attività di raccolta mediante la gestione di un centro di selezione e stoccaggio (CSS), in cui avviene la fase di separazione dei materiali che vengono preparati per la vendita ai riciclatori ed un centro comprensoriale (CC), dove avviene la prima pulizia e pressatura dei rifiuti da raccolta differenziata urbana. In concreto, si tratta del settore della selezione degli imballaggi plastici provenienti dalla raccolta differenziata dei rifiuti<sup>15</sup>.

Giova rilevare che la delibera sopra menzionata interviene nell'ambito delle attività regolamentate, coperte dalla concessione RTU e non per le attività di mercato. In altri termini, si tratta dei gestori che operano nell'ambito del servizio pubblico.

Ciò premesso, la ricorrente ha lamentato un'ingiustificata lesione della concorrenza provocata dal nuovo metodo tariffario, la cd. tariffa a cancello, che attribuisce ai soli cd. gestori integrati<sup>16</sup> un incentivo ulteriore rispetto a quello ottenuto dalle altre società operanti nel mercato. Il gestore integrato è definito dalla normativa come l'operatore che svolge sia uno o più servizi a monte che a valle del ciclo dei rifiuti.

<sup>13</sup> Cfr. delibera n. 363/2021/R/rif “Approvazione del metodo tariffario rifiuti (MTR-2) per il secondo periodo regolatorio 2022-2025”, che si occupa di definire i criteri di riconoscimento dei costi efficienti di esercizio e di investimento per il secondo biennio del periodo regolatorio 2022-2025. Il metodo tariffario rifiuti ha sostituito il cd. metodo normalizzato previsto dal decreto del Presidente della Repubblica n.158/1999.

<sup>14</sup> TAR Lombardia, Sezione Prima, n. 682/2022.

<sup>15</sup> Nello specifico Masotina S.p.A. si colloca nel cd. trattamento intermedio di cernita e selezione, pretrattamento e pulizia di frazioni secche della raccolta differenziata.

<sup>16</sup> La sentenza in esame chiarisce che integra la nozione di gestore integrato sia un gruppo societario che si occupa di diverse fasi della gestione del servizio di raccolta (la cd. integrazione infra societaria) sia il singolo operatore che gestisce diverse attività (il cd. gestore verticalmente integrato).

La cd. tariffa a cancello determina la riduzione della quantità dei materiali che vengono immessi nel segmento di mercato in cui operano le società che, come Masotina S.p.A., esercitano solo le attività a valle della gestione dei rifiuti, danneggiandole al punto da farle uscire dal mercato.

In altre parole, tale meccanismo incentivante crea condizioni economiche più favorevoli per alcune imprese<sup>17</sup>. Ciò pone, a ben vedere, come rilevato dal Consiglio di Stato, anche una possibile lesione della normativa in materia di aiuti di Stato di derivazione europea.

Il gestore integrato verticalmente riceverebbe due volte il corrispettivo<sup>18</sup>: una prima volta, nel momento in cui i materiali raccolti sono immessi nel circuito gestito da Corepla (Consorzio Nazionale per la Raccolta, il Riciclo e il Recupero degli imballaggi in plastica), ed una seconda volta mediante la componente tariffaria prevista dal MTR- 2<sup>19</sup>.

Invero, la stessa ARERA riconosce, nella propria difesa, che si tratta di due incentivi volti a raggiungere lo stesso obiettivo, ossia migliorare la qualità della raccolta al fine di raggiungere le soglie di riciclaggio degli imballaggi in plastica fissati dall'Unione Europea. Inoltre, l'AREERA motiva la mancata applicazione del nuovo metodo tariffario alle imprese come Masotina S.p.A. sulla base delle caratteristiche del segmento del ciclo di gestione dei rifiuti in cui si trovano.

Il Consiglio di Stato, nella pronuncia in commento, ha accolto l'appello annullando la delibera impugnata per la parte d'interesse.

Segnatamente, il Supremo Consesso ha riconosciuto che il doppio incentivo a favore dei cd. gestori integrati determina la posizione dominante sul mercato degli stessi rispetto alle imprese cd. indipendenti come Masotina S.p.A., che vengono, in tal modo, svantaggiate. Tutto ciò si risolve in una distorsione del mercato e quindi della concorrenza, confermata dall'assenza di misure di compensazione volte a ridurre tale effetto. Il Consiglio ha ritenuto necessaria la ri-determinazione delle tariffe da parte dell'ARERA.

<sup>17</sup> La stessa Masotina S.p.A. aveva presentato una segnalazione all'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato a fronte della creazione di forme quasi monopolistiche di integrazione verticale sul mercato. L'Agcm ha riconosciuto la presenza di tali operatori sul mercato, tuttavia non ha ritenuto il fenomeno così rilevante da giustificare un intervento. Pertanto, ha archiviato la segnalazione.

<sup>18</sup> Sul concetto di impresa verticalmente integrata si veda F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di diritto pubblico dell'economia*, Giappichelli, Torino, 2021.

<sup>19</sup> Si fa riferimento all'art. 8.6 "commercializzazione e valorizzazione delle frazioni differenziate dei rifiuti raccolti."

Tale pronuncia è stata poi eseguita mediante l'aggiornamento del MTR-2 disciplinato dalla delibera<sup>20</sup>, nell'ambito della quale l'ARE-RA non ha mancato di rilevare, ancora una volta, che il meccanismo censurato fosse volto ad assicurare una raccolta di elevata qualità della plastica.

La questione decisa dal Supremo Consesso alimenta l'annoso dibattito circa il contemperamento tra due interessi in opposizione: da un lato, la tutela dell'ambiente che nel caso di specie si estrinseca nella corretta gestione dei rifiuti, dall'altro lato la tutela della concorrenza al fine di giungere ad un punto di equilibrio.

Inoltre, le statuizioni del Consiglio di Stato, poste a fondamento della decisione di annullare la delibera dell'ANAC, ripercorrendo il quadro di riferimento sul sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica, meritano di essere approfondite in questa sede.

### **3. Il sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica**

Il Consiglio di Stato, prima di entrare nel merito della questione, ripercorre i differenti orientamenti giurisprudenziali che si sono formati in ordine ai limiti al sindacato del giudice amministrativo sulle determinazioni delle Autorità amministrative indipendenti. È, dunque, opportuno svolgere alcune considerazioni sul tema antico, ma sempre attuale<sup>21</sup>, del sindacato giurisdizionale sulla discrezionalità tecnica.

Preliminarmente, è d'uopo richiamare la differenza tra le categorie classiche della discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica<sup>22</sup>.

<sup>20</sup> Si tratta della delibera del 3 agosto 2023.

<sup>21</sup> Invero, il tema ha interessato di recente anche gli atti adottati nel corso dell'emergenza pandemica da Covid-19 in cui diritto e scienza si sono intrecciati costituendo la scienza il presupposto per l'adozione degli atti. Per un'analisi completa si segnala C. ACOCELLA, *Ancora su diritto e tecnica. Le valutazioni tecnico scientifiche come premessa delle decisioni politico-amministrative assunte per fronteggiare l'emergenza pandemica da Covid-19*, in *Persona e amministrazione*, 2020.

<sup>22</sup> F. LIGUORI, *La discrezionalità tecnica nel pensiero di Errico Presutti: una categoria «a tempo»*, in *Nomos*, n. 1/2022 in cui l'Autore osserva che la discrezionalità tecnica è un concetto relazionale, per la cui decifrazione occorre guardare ad altre categorie come la discrezionalità ed il merito. Inoltre, l'A. evidenzia l'importante lascito della ricostruzione di Presutti circa la distinzione della categoria della discrezionalità tecnica e della discrezio-

La discrezionalità amministrativa, com'è noto, è il *proprium* dell'amministrazione e consiste nel potere di scegliere la soluzione migliore per il caso concreto; implica un bilanciamento degli interessi pubblici e privati, secondo i criteri di buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione. In altri termini, l'amministrazione opta per la soluzione che meglio soddisfa l'interesse pubblico primario senza, tuttavia, tralasciare gli interessi secondari rilevanti.

Al contrario, si parla, tradizionalmente, di discrezionalità tecnica<sup>23</sup> con riferimento ai casi in cui l'amministrazione adotta una decisione, applicando criteri attinti da scienze specialistiche e tecniche, diverse dalla scienza giuridica, in quanto nella norma attributiva del potere sono presenti concetti giuridici indeterminati.

La categoria è stata oggetto di una lunga evoluzione ed oggi si ritiene che la denominazione "discrezionalità tecnica" non sia esatta, e, addirittura, secondo parte della dottrina sia in disuso<sup>24</sup>.

Dunque, secondo l'impostazione della dottrina, richiamata anche dal Consiglio di Stato, non è più corretto parlare di discrezionalità tecnica ma dovrebbe discorrersi di "valutazioni tecniche", in quanto riguardano l'accertamento dei fatti alla luce di criteri tecnico-scientifici e manca la scelta politica-amministrativa caratterizzante la discrezionalità pura. La peculiarità della categoria risiede nel modo di determinare il contenuto del provvedimento, cioè nel ricorso ad una regola propria di un settore scientifico.

All'origine, le due categorie erano state avvicinate, in quanto entrambe si caratterizzano per un margine di incertezza, dal momento che sia le valutazioni politiche sia quelle tecnico-scientifiche non conducono sempre ad una soluzione univoca.

---

nalità amministrativa soprattutto nella parte in cui costruisce la prima come categoria temporanea destinata a venir meno, a differenza della discrezionalità amministrativa, categoria irrinunciabile.

<sup>23</sup> Si veda *ex multis* M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, Milano, 1939; C. MARZUOLI, *Potere amministrativo e valutazioni tecniche*, Milano, 1985; G. PELAGATTI *Valutazioni tecniche dell'amministrazione pubblica e sindacato giudiziario. Un'analisi critica dei recenti sviluppi della dottrina giuspubblicistica*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1992; D. DEPRETIS, *Valutazione amministrativa e discrezionalità tecnica*, Padova, 1999.

<sup>24</sup> Parte della dottrina ritiene che una volta compiuto l'accertamento tecnico, l'attività non può che essere vincolata. Di conseguenza, discorrere di "discrezionalità tecnica" sarebbe frutto di un errore giuridico. Si richiamano *ex multis* R. CHIEPPA, *Discrezionalità amministrativa e discrezionalità tecnica*, in R. CHIEPPA-V. LOPILATO, *Studi di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007; R. DE NICTOLIS, *Il sindacato del giudice amministrativo sui provvedimenti del CSM, Relazione in occasione del Convegno "L'indipendenza della magistratura oggi"*, 2019.

Inoltre, si ponevano particolari problemi interpretativi con riguardo al sindacato del giudice amministrativo, profilo che maggiormente rileva ai fini dell'analisi della pronuncia in commento.

Si riteneva, infatti, che il giudice dovesse limitarsi a verificare il rispetto degli oneri istruttori e motivazionali, senza invadere la sfera di riserva dell'amministrazione.

Oggi si tende a separare le due categorie<sup>25</sup> che potrebbero, in realtà, convivere in una medesima fattispecie, come nel caso della discrezionalità mista<sup>26</sup>.

La sentenza in esame induce a soffermarsi sul sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche e, in special modo, su quelle svolte dalle Autorità amministrative indipendenti.

Nel giudizio avente ad oggetto discrezionalità tecnica bisogna garantire, da un lato, data la complessità della materia, l'effettività della tutela giurisdizionale e, dall'altro lato, evitare che il giudice possa esercitare direttamente un potere in materie rimesse all'amministrazione, tenendo ben presente, però, che la correttezza dell'operato dell'amministrazione deve essere verificata dal giudice.

La giurisprudenza, a seguito del dibattito ripercorso dal Consiglio di Stato, è giunta ad affermare che la discrezionalità tecnica non è vera discrezionalità in quanto attiene all'esame del fatto e alla legittimità dell'azione amministrativa, per cui deve esserne consentita la sindacabilità<sup>27</sup>. Tuttavia, la separazione delle valutazioni tecniche da quelle discrezionali non ha condotto automaticamente all'ammissi-

<sup>25</sup> Fondamentale punto di svolta è stata la sentenza della IV Sezione del Consiglio di Stato n. 601 del 1999 che ha superato l'assimilazione della discrezionalità tecnica alla discrezionalità amministrativa. Il Consiglio ha posto l'accento sulla differenza tra opinabilità e opportunità precisando che, solo quest'ultima ossia la valutazione dell'interesse pubblico rientra nel merito dell'atto amministrativo ed è esclusa dalla verifica giurisdizionale.

<sup>26</sup> S. TORRICELLI, *Per un modello generale di sindacato sulle valutazioni tecniche: il curioso caso degli atti delle Autorità indipendenti in Diritto amministrativo*, 1/2020. L'Autore afferma che tali casi sono frequenti in quanto è raro che le valutazioni politiche non presuppongano premesse teoriche. Pertanto il giudice deve disaggregare le diverse operazioni ed applicare a ciascun segmento del percorso logico, che porta alla decisione, i diversi *standard* di sindacato che valgono per l'una e per l'altra.

<sup>27</sup> Si veda F. LIGUORI, *Dalla discrezionalità tecnica insindacabile alle valutazioni tecniche sostituibili. Un percorso compiuto?* in *L'azione amministrativa. Argomenti e questioni*, Editoriale scientifica, Napoli, 2023. L'A. afferma che «la discrezionalità tecnica altro non è che attuazione di legge: è dal testo normativo che occorre muovere per verificare la qualificazione della fattispecie (in termini di precisione/imprecisione) ed il procedimento di applicazione, nell'ambito del quale l'interpretazione gioca un ruolo fondamentale.».

bilità di un sindacato pieno al punto da legittimare la sostituzione del giudice all'amministrazione.

Infatti, in un primo momento si riteneva che il sindacato del giudice dovesse essere limitato ad una valutazione circa la coerenza, logicità e ragionevolezza della decisione dell'amministrazione, senza poter indagare la correttezza e la condivisibilità della scelta. Si trattava di un sindacato estrinseco e meramente formale: il giudice non ricorreva a cognizioni tecniche ma la valutazione era effettuata con gli occhi di un "profano"<sup>28</sup>.

La pubblica amministrazione era considerata come il perito dei periti nelle materie tecniche riconoscendo alla sua decisione un'attendibilità privilegiata<sup>29</sup>, in qualche modo qualificata.

Successivamente, vi è stata un'evoluzione giurisprudenziale<sup>30</sup> ed è stato affermato che il sindacato del giudice amministrativo non può essere solo esterno<sup>31</sup>. Al contrario, il giudice amministrativo può valutare i fatti ricostruiti alla base delle prove raccolte, esercitando un sindacato intrinseco, in quanto riutilizza gli stessi criteri tecnici scelti dall'amministrazione precedente. In sostanza, il giudice, attraverso la verifica dei fatti, deve valutare se la soluzione adottata rientra nel margine di elasticità consentito dalla norma in relazione al concetto giuridico indeterminato.

Il Consiglio di Stato, nella decisione in commento, richiama il cd. sindacato di attendibilità, al fine di intendere che il giudice può ac-

<sup>28</sup> In senso contrario, il Consiglio di Stato, nella sentenza in esame evidenzia che il controllo giurisdizionale non può essere limitato ad un sindacato meramente estrinseco, in quanto necessita del ricorso a conoscenze tecniche appartenenti alla medesima scienza specialistica utilizzata per analizzare i fatti accertati e le norme di riferimento attributive del potere.

<sup>29</sup> Si riteneva vi fosse un'attendibilità privilegiata, espressione criticata da A. TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, n. 2/2004 in cui l'A. persegue l'obiettivo di un processo paritario e il definitivo superamento di una tale visione al fine di consentire al giudice di guardare alla valutazione della pubblica amministrazione semplicemente come parte.

<sup>30</sup> D. GRANARA, *Discrezionalità tecnica, difetto assoluto di giurisdizione e principio di effettività della tutela giurisdizionale* in *Diritto Amministrativo*, n.3/2023. L'Autore ricorda che l'approdo circa la sindacabilità delle decisioni connotate da discrezionalità tecnica deriva dal Consiglio di Stato francese che individuò il vizio di eccesso di potere sotto il profilo dello sviamento al fine di superare la cd. riserva di amministrazione. Tale orientamento fu poi recepito dalla giurisprudenza italiana.

<sup>31</sup> Il Consiglio di Stato richiama infatti l'orientamento secondo il quale il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici dell'amministrazione non può svolgersi in base al mero controllo formale ed estrinseco dell'*iter* logico seguito dall'amministrazione.

certare se la soluzione adottata dall'amministrazione rientri tra le possibili<sup>32</sup>. Nel momento in cui l'esito è positivo, il giudice amministrativo non può andare oltre e non può sostituire la propria valutazione a quella dell'amministrazione<sup>33</sup>. Tale sindacato consente una verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza in relazione al criterio tecnico e al procedimento applicativo<sup>34</sup>. Al fine di operare la verifica, il giudice può avvalersi di strumenti idonei come la consulenza tecnica d'ufficio in modo da colmare le eventuali carenze del sapere tecnico del giudice<sup>35</sup>.

Qualora il giudizio dell'amministrazione risulti corretto, ancorché opinabile, il giudice non può sostituire il proprio diverso apprezzamento<sup>36</sup>, perché la valutazione del giudice è altrettanto opinabi-

<sup>32</sup> Anche a fronte di tale approdo non mancano pronunce giurisprudenziali di segno opposto. Si richiama T.a.r. Campania, Napoli, Sez. IV, 18 maggio 2015, n.2758 secondo cui *"Il principio di separazione dei poteri impone di escludere la possibilità che il giudice amministrativo eserciti un sindacato, ad un tempo intrinseco e forte, sulla discrezionalità tecnica:"*.

<sup>33</sup> Il sindacato di legittimità diretto sul fatto e sull'individuazione da parte dell'autorità del parametro normativo utilizzato non può spingersi oltre a *"censurare le valutazioni tecniche, compreso il giudizio tecnico finale, che, attraverso un controllo di ragionevolezza, logicità e coerenza tecnica, appaiono inattendibili"* come affermato dal Consiglio di Stato, n. 1348/2000.

<sup>34</sup> In caso di valutazioni tecniche che presentano un oggettivo margine di opinabilità, il giudice può soltanto accertare che il provvedimento non abbia esorbitato da essi secondo il *dictum* delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n.1013/2014.

<sup>35</sup> Il legislatore con la legge 205/2000 è intervenuto introducendo lo strumento della consulenza tecnica, oggi disciplinato all'art.67 del Codice del processo amministrativo: in sostanza, il giudice può nominare un esperto che fornisce una risposta a quesiti tecnici. Grazie a tale strumento il giudice verifica l'attendibilità del criterio tecnico adoperato dall'amministrazione.

Sul punto si veda E. GALANTI, *Discrezionalità delle autorità indipendenti e controllo giudiziale in Quaderni di ricerca giuridica della consulenza legale*, n.64/2009. Secondo l'Autore l'ammissione della C.T.U. nel processo amministrativo ha avuto il merito di dare maggiore forza e consapevolezza all'indirizzo giurisprudenziale favorevole al controllo intrinseco delle valutazioni tecniche, ciò è avvenuto a prescindere dal concreto utilizzo di tale istituto che nella prassi applicativa non sembra essere molto diffuso.

<sup>36</sup> Alle stesse conclusioni è giunta la Corte di Giustizia in merito alle valutazioni economiche compiute dalla Commissione UE. Nello specifico, la Corte ha riconosciuto alla Commissione uno spazio riservato nelle attività di valutazione tecnica chiarendo che ciò non implica l'assenza di un controllo giurisdizionale. Secondo il *dictum* della Corte di Giustizia *"Il giudice è tenuto a controllare l'interpretazione da parte della Commissione di dati economici verificando non solo l'esattezza materiale degli elementi di prova, la loro attendibilità e la loro coerenza ma altresì accertando se tali elementi costituiscano l'insieme dei dati rilevanti che devono essere presi in considerazione per valutare la situazione."* In tal modo, il giudice europeo esercita un sindacato pieno, penetrante ma non sostitutivo.

le e non vi sarebbero ragioni per preferirla. Il Supremo Consesso ha inoltre ribadito che attendibilità non significa condivisibilità, nel senso che il giudice potrebbe non condividere la soluzione prospettata dall'amministrazione, anche ritenendola attendibile<sup>37</sup>.

Attualmente, l'opinione prevalente riconosce la possibilità per il giudice amministrativo di accedere ai fatti, ma sembra che vi sia il limite dell'attendibilità della decisione dell'amministrazione<sup>38</sup>. Tuttavia, parte della dottrina e della giurisprudenza paventano l'idea di un sindacato di "maggiore attendibilità"<sup>39</sup>, tale da consentire al giudice di adottare una decisione diversa da quella dell'amministrazione, qualora risulti più efficace per il perseguimento dell'interesse pubblico.

L'orientamento, da ultimo prospettato, ritenendo di non aderire all'interpretazione maggiormente accolta dalla giurisprudenza amministrativa, vuole evitare la creazione di zone franche di insindacabilità e, di conseguenza, limitare il rischio di scelte arbitrarie della pubblica amministrazione. Il Consiglio di Stato precisa, inoltre, che il giudice non si sostituisce alla pubblica amministrazione, ma individua la soluzione maggiormente attendibile, in base al criterio tecnico-scientifico utilizzato<sup>40</sup>.

In definitiva, sebbene non manchino opinioni diverse, oggi sembra

<sup>37</sup> Sul punto si richiama F. SALVIA, *Considerazioni su tecnica e interessi in Diritto pubblico*, 2/2002 in cui l'A. sostiene che non si può dare ai singoli giudici il compito di pronunciarsi definitivamente su questioni tecnico-scientifiche complesse anche perché in tal modo verrebbero vanificate le esigenze di 'responsabilizzazione' e di 'equilibrio' complessivo del sistema.

<sup>38</sup> P. LA SELVA, *Note in tema di ricomposizione dei rapporti concessori in Amministrativamente*, n. 2/2023. L'Autore rileva che l'accesso ai fatti del giudice in presenza di concetti giuridici indeterminati gli consente di "completare" la norma atteso che non incontra i limiti interpretativi posti alla pubblica amministrazione con la conseguenza di poter effettuare un sindacato di "maggiore attendibilità". Tuttavia, l'Autore evidenzia che si tratta di una ricostruzione teorica che non tiene conto delle peculiarità che la tecnica incontra nei vari settori dell'ordinamento.

<sup>39</sup> Anche nella Relazione del Presidente del Consiglio di Stato sull'attività della Giustizia amministrativa per l'anno 2020 si legge "il giudice valuta se la scelta effettuata in concreto sia quella dotata di "maggiore attendibilità" e non semplicemente quella comunque riconducibile al novero delle opzioni possibili" pubblicata in *Il diritto amministrativo*, [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it).

<sup>40</sup> Aperture in tal senso provengono anche dal Consiglio di Stato che nella sentenza sez. VI, 15 luglio 2019, n. 4990 ha affermato che "la tutela giurisdizionale, per essere effettiva e rispettosa della garanzia della parità delle armi, deve consentire al giudice un controllo penetrante attraverso la piena e diretta verifica della *quaestio facti* sotto il profilo della sua intrinseca verità (per quanto, in senso epistemologico, controvertibile)" e che "al sindacato (non sostitutivo) di "attendibilità" va dunque sostituito un sindacato pieno di "maggiore attendibilità".

che l'orientamento prevalente, condiviso anche dal Supremo Consegno nella decisione in esame, sia nel senso di affermare un sindacato intrinseco non sostitutivo<sup>41</sup>.

Il percorso a cui si è fatto riferimento costituisce l'attuale sviluppo dottrinale e giurisprudenziale in materia, ancora foriero di ulteriori sviluppi e considerazioni.

#### 4. Il caso delle Autorità Amministrative indipendenti

Una volta individuato il fondamento del potere del giudice amministrativo, occorre verificare se le conclusioni a cui è giunta la giurisprudenza in materia di sindacato del giudice amministrativo sulla discrezionalità tecnica siano applicabili anche al caso di specie, per stabilire chi tra Autorità indipendente e giudice debba adottare la decisione finale<sup>42</sup>.

Il dubbio appare fondato in quanto ci si trova al cospetto di amministrazioni con caratteristiche peculiari.

Innanzitutto, le Autorità amministrative indipendenti si collocano all'esterno del circuito della responsabilità politica e ciò ha creato in giurisprudenza non pochi dubbi sulla loro legittimazione democratica<sup>43</sup>, visto che le stesse sono anche connotate da marcata indipen-

<sup>41</sup> Un freno alla possibilità del giudice amministrativo di effettuare un sindacato sostitutivo è stato posto dalla Corte di Cassazione che in diverse pronunce ha interpretato in maniera estensiva il potere di controllare i limiti esterni della giurisdizione. La Suprema Corte ha affermato che il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche deve essere mantenuto sul piano della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto compiuta dall'amministrazione. L'adozione di un criterio di non condivisione si tradurrebbe in uno sconfinamento nell'aria della discrezionalità amministrativa ossia un superamento del limite esterno della giurisdizione tale da giustificare l'annullamento della pronuncia del giudice amministrativo. Cfr. Cass. Sez. Un., 17 febbraio 2012, n.2312; Cass. Sez. Un., 5 ottobre 2015, n.19787.

<sup>42</sup> In termini contrari A. TRAVI, *Giudice amministrativo e Autorità indipendenti: il caso del sindacato sugli atti dell'Autorità antitrust* in *Analisi giuridica dell'economia*, 2/2002. L'Autore richiama una pronuncia del Consiglio di Stato che distingue da un lato, il livello della decisione che è riservato all'amministrazione e dall'altro, il livello del controllo giurisdizionale in cui si risolve l'intervento del giudice.

<sup>43</sup> Parte della dottrina ha superato il problema mediante una lettura combinata degli articoli 97 e 98 della Costituzione che consente di delineare un modello di amministrazione indipendente sottoposta solo alla legge e non anche all'indirizzo politico. Tale lettura si fonda sul principio di imparzialità.

Non mancano teorie diverse: altra parte della dottrina ha posto l'accento sulla cd. legittimazione dal basso. Fondamento di questa ricostruzione è la partecipazione dei soggetti interessati ai processi regolatori e decisionali delle Autorità. In altri casi, oltre alla

denza e dal tecnicismo delle competenze esercitate.

È proprio il tecnicismo e la sensibilità delle materie oggetto delle attività che spinse il legislatore ad introdurre tali soggetti: lo Stato, in sostanza, scelse di ritirarsi da alcuni settori<sup>44</sup>.

In tal modo, com'è noto, vi fu il passaggio dal modello di Stato imprenditore a Stato regolatore - tutt'ora vigente - in cui lo Stato si limita a determinare le regole per far funzionare il mercato. In altri termini, vi è un diverso modo di intendere l'intervento pubblico nell'economia, mediante le Autorità amministrative indipendenti che rappresentano un "nuovo paradigma di amministrazione e di amministrare"<sup>45</sup>.

La scelta deriva dalla necessità di sottrarre al legislatore tradizionale la regolazione di settori in cui vi sono interessi pubblici sensibili, come il settore dei rifiuti, per evitare l'influenza da parte del mutevole indirizzo politico.

Le caratteristiche delineate hanno portato parte della dottrina a tentare di qualificare le Autorità amministrative indipendenti alla stregua di giudici<sup>46</sup> con esito, tuttavia, negativo perché manca la terzietà<sup>47</sup> rispetto alle parti: l'autorità resta sempre un'amministrazione

---

legittimazione dal basso si fa riferimento alla legittimazione dall'alto di alcune Autorità amministrative indipendenti che vantano un fondamento nei Trattati UE e nel diritto derivato dell'Unione Europea. (A titolo di esempio l'art. 28 della direttiva 95/46/CE sulla protezione dei dati personali prevede che ogni Stato debba istituire autorità pubbliche per l'attuazione della direttiva "pienamente indipendenti nell'esercizio delle funzioni loro attribuite").

<sup>44</sup> A tal proposito occorre operare una distinzione tra Autorità garanti e le Autorità di settore. L'ARERA appartiene alle autorità del secondo tipo ed anzi costituisce un *unicum* per quanto riguarda il numero di servizi regolati.

<sup>45</sup> Così A. MOLITERNI, *La nuova disciplina sulle nomine nelle autorità indipendenti* in *Munus*, 2/2021.

<sup>46</sup> Si fa riferimento al tentativo dell'Antitrust di sollevare questione di legittimità costituzionale di una normativa avente ad oggetto il procedimento disciplinare dei notai. La Corte Costituzionale rigettò la questione affermando che l'Antitrust non fosse un giudice terzo e neutrale, anche perché manca nel procedimento amministrativo la terzietà di chi decide rispetto a chi accusa. Manca il cd. sdoppiamento soggettivo. Per un approfondimento completo si rinvia a A. GIORGI, *Sulla legittimazione dell'Autorità anti-trust quale giudice a quo: fu vero giudice? Riflessioni a margine della (non troppo) ardua sentenza n. 13/2019 della Corte costituzionale* in *Rassegna Avvocatura dello Stato*, 3/2019.

Di recente la questione si è posta anche per l'ARERA: cfr. sentenza Corte cost. 16 luglio 2013 n. 223.

<sup>47</sup> In merito alla scelta di non qualificare le Autorità Amministrative indipendenti come organi giurisdizionali si rinvia a L. PANZANI, *Autorità indipendenti e giudici* in *Analisi Giuridica dell'Economia*, 2/2002.

che persegue l'interesse connesso all'attività esercitata, caratterizzandosi per una sorta di "imparzialità di parte"<sup>48</sup>, a differenza del giudice che è totalmente indipendente dagli interessi delle parti dal momento che lo scopo della sua attività è la corretta interpretazione e applicazione della legge.

Superato tale tentativo, non residuano dubbi circa la possibile impugnazione degli atti delle Autorità amministrative indipendenti dinanzi al giudice amministrativo: ogni potere ha il suo giudice ed a tale regola, proprio per la sua generalità, non sfuggono le autorità indipendenti<sup>49</sup>.

Acclarato ciò, è necessario valutare i limiti del sindacato del giudice amministrativo e ripercorrere i differenti orientamenti dottrinali e giurisprudenziali che si sono formati in materia.

Agli albori dell'introduzione delle Autorità, le caratteristiche peculiari delle stesse, già evidenziate, erano valorizzate per escludere il sindacato del giudice amministrativo<sup>50</sup>. L'approccio tradizionale della giurisprudenza era di deferenza nei confronti delle Autorità: il giudice si limitava a fare proprie le decisioni delle Authorities in quanto risultanti da una lunga e precisa istruttoria<sup>51</sup>.

In sostanza, la giurisprudenza, in ragione della funzione affidata alle Autorità ossia l'applicazione in modo oggettivo delle regole di un determinato settore, aveva dato vita ad una riserva di valutazione dell'amministrazione tecnico-indipendente con l'effetto di limitare il potere del giudice<sup>52</sup>.

Tale ragionamento non può essere condiviso in quanto non tiene in debita considerazione il *deficit* di tutela giurisdizionale che vi sarebbe

<sup>48</sup> Espressione di R. MARRAMA, *I principi regolatori della funzione di organizzazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI (a cura di), *Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 2001.

<sup>49</sup> Così R. CHIEPPA, *Il controllo giurisdizionale sugli atti dell'autorità antitrust*, in *Dir. proc. amm.*, 2004.

<sup>50</sup> Sul punto si richiama S. CASSESE, *Poteri indipendenti, Stati, relazioni ultrastatali*, in *Foro.it.*, 1996 secondo cui "la scelta particolare dei titolari delle autorità, sia per quanto attiene ai requisiti, sia per quanto riguarda le procedure; il regime delle incompatibilità; le forme giudiziarie in cui si esplica la loro azione, l'indipendenza ad esse attribuite, richiederebbero almeno un atteggiamento di "self-restraint" da parte del giudice amministrativo".

<sup>51</sup> In senso contrario M. CLARICH, B.G. MATTARELLA, *Un nuovo sistema regolatorio per lo sviluppo economico in Analisi Giuridica dell'Economia*, n.2/2013. Gli Autori osservano che l'indipendenza delle autorità non comporta una loro sottrazione a ogni forma di controllo esterno, bensì bisogna calibrare i controlli in base alla natura delle funzioni esercitate.

<sup>52</sup> In questi termini F. CINTIOLI, *Tecnica e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2004. L'Autore osserva che l'alta qualificazione tecnica dell'organo amministrativo incide sul rapporto tra giudice e amministrazione.

per le situazioni giuridiche affidate alle Autorità ed il conseguente rischio di violare i principi costituzionali, di cui agli articoli 24, 103 e 113. In altre parole, le Autorità diventerebbero dei giudici speciali con la capacità di incidere negativamente sulla sfera giuridica dei soggetti.

In ragione di ciò, la giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che l'indipendenza caratterizzante tali Autorità renda, ancora più avvertita, l'esigenza di un "controllo" in sede giurisdizionale. In altri termini, l'assenza di una legittimazione democratica viene posta a fondamento di un sindacato più penetrante<sup>53</sup>, come compensazione di tale *deficit* democratico.

La giurisprudenza, ormai unanime, considera necessario ed indispensabile il sindacato intrinseco anche sugli atti delle Authorities: il giudice deve verificare se l'Authority abbia fatto un buon governo dei principi e delle regole tecniche utilizzate per evitare che le scelte dell'amministrazione si trasformino in arbitrio specialistico.<sup>54</sup>

Punto controverso è se il sindacato debba essere forte, con sostituzione della valutazione dell'amministrazione o debole cioè debba limitarsi ad un mero annullamento rimettendo la decisione all'amministrazione procedente. La scelta impone di riflettere in virtù della compatibilità con il principio di separazione dei poteri<sup>55</sup>, inteso in senso tradizionale, in quanto nel caso di sindacato cd. forte, il giudice si sostituirebbe all'amministrazione.

<sup>53</sup> Così il Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 165 ha definito il sindacato particolarmente approfondito, specie sotto il profilo dell'attendibilità, della ragionevolezza e dell'adeguata motivazione.

<sup>54</sup> Orientamento espresso da ultimo da Cons. Stato, Sez. II, 27/07/2023, n. 7386 secondo cui *"Anche se il giudice amministrativo non può sostituirsi all'Amministrazione in ciò che è ad essa riservato, il merito della funzione amministrativa, il sindacato giurisdizionale non può limitarsi ad un esame estrinseco della valutazione discrezionale (secondo i noti parametri di logicità, congruità e completezza dell'istruttoria) ma deve estendersi, invece, dall'esatta rappresentazione dei fatti e all'attendibilità delle operazioni tecniche, sotto il profilo della correttezza dei criteri applicati, secondo i parametri della disciplina nella fattispecie rilevante: quanto sopra in coerenza con il principio di effettività della tutela giurisdizionale."*

<sup>55</sup> In tema F. SAIETTA, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni tecniche delle autorità indipendenti tra potenzialità del codice del processo e «preferenza di amministrazione»* in *Il processo*, n.3/2020. L'Autore afferma che il principio di separazione dei poteri e la cd. riserva di amministrazione non dovrebbero ostare alla sostituzione del giudice all'amministrazione ogni qualvolta si tratti di interpretare la norma. Di conseguenza, ritiene che in base ad una scelta di "politica giurisprudenziale" alla decisione del giudice viene preferita quella ragionevolmente assunta dall'Autorità amministrativa sulla base delle stesse risultanze procedurali.

Al di là di ogni formula descrittiva, la giurisprudenza ragionando in termini sostanzialistici, al fine di garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, ha superato la distinzione prospettata ritenendo che il giudice non possa esercitare un potere affidato all'autorità ma debba verificare la correttezza della decisione e dei criteri adoperati<sup>56</sup>. L'epilogo della ricostruzione giurisprudenziale è utile nel caso di specie in cui si discorre di valutazioni delle autorità amministrative in quanto il giudice amministrativo esercita un sindacato intrinseco utilizzando gli stessi parametri di cui si è avvalsa l'amministrazione procedente<sup>57</sup>. Non solo: dato il tecnicismo delle materie, il giudice può avvalersi della consulenza tecnica d'ufficio con la precisazione che il consulente non potrà essere un soggetto che ha fatto parte dell'Autorità emanante il provvedimento per ragioni di imparzialità<sup>58</sup>.

L'analisi non può, tuttavia, fermarsi a queste considerazioni stante la varietà dei poteri che esercitano le Autorità. In particolare, nella pronuncia in commento, il Consiglio di Stato si è pronunciato in merito ad un atto regolatorio caratterizzato da alto tecnicismo come quello che caratterizza i poteri dell'ARERA tesi a "la predisposizione e l'aggiornamento del metodo tariffario per la determinazione dei corrispettivi del servizio integrato dei rifiuti". Tuttavia, l'ARERA non è solo titolare di tali poteri regolatori<sup>59</sup>, ma anche di poteri sanzionatori e ciò rileva in sede di sindacato del giudice

<sup>56</sup> Cons. Stato, Sez. VI, 25 settembre 2017, n. 4460 secondo cui si tratta di "Un giudizio di «ragionevolezza tecnica» che implica «la verifica del rispetto dei limiti dell'opinabile tecnico scientifico» e si arresta soltanto alla soglia dell'opinabilità, che può essere superata solo dall'amministrazione."

<sup>57</sup> F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti e giudice amministrativo* in C. ACOCELLA (a cura di) *Autorità indipendenti. Funzioni e rapporti*, Editoriale scientifica, 2022. L'A. osserva come anche configurando il sindacato cd. debole come eccezione, a causa dell'elevato tecnicismo delle valutazioni rimesse alle Autorità indipendenti, diventa la regola.

<sup>58</sup> Lo stesso giudice amministrativo ha riconosciuto che "Le valutazioni delle autorità indipendenti assumono come parametri di riferimento non solo regole scientifiche esatte e non opinabili, ma anche valutazioni di natura prognostica, ovvero a carattere economico, sociologico, o comunque non ripercorribile in base a dati univoci, con ambito di sindacabilità oggettivamente ridotto." Consiglio di Stato, sez. VI, 19 febbraio 2020, n. 1257.

<sup>59</sup> Sul punto S. FOÀ, *La tendenziale indipendenza delle autorità di regolazione rispetto al Governo in federalismi.it*, n.28/2020. L'A. desume la legittimazione all'esercizio della potestà regolamentare da parte delle Autorità indipendenti dalle finalità di interesse pubblico che la legge assegna alla cura di ciascuna di esse. Dello stesso avviso F. ZAMMARTINO, *Il modello molteplice. La potestà normativa delle Autorità amministrative indipendenti*, Giappichelli, Torino, 2020.

amministrativo<sup>60</sup>.

Quanto ai primi, oggetto della fattispecie della presente riflessione si tratta del potere di regolazione, vale a dire, di individuazione delle regole da applicare nel settore di specifica competenza dell'Autorità, al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato. È un'attività *ex ante* che si pone a mezza via tra attività normativa e attività amministrativa<sup>61</sup> in quanto il riferimento a concetti giuridici indeterminati necessita di un'opera di integrazione del parametro normativo da parte dell'Autorità per individuare gli elementi costitutivi della fattispecie concreta mediante la propria attività normativa secondaria ovvero direttamente con i singoli provvedimenti amministrativi. L'ARERA esercita il potere regolatorio mediante gli atti di regolazione tariffaria, come nel caso qui analizzato, e gli atti di regolazione non tariffaria. I primi non regolano un mercato libero, ma un servizio pubblico, al fine di individuare la tariffa applicabile come controprestazione della fornitura del servizio medesimo<sup>62</sup>. Mentre gli atti di regolazione non tariffaria si occupano della regolazione economica del mercato.

Per entrambe le tipologie di atti il sindacato attiene alla metodologia economica adottata e quindi in concreto, il giudice deve sindacare anche le formule matematiche utilizzate.

Diversamente, l'attività sanzionatoria è esercitata mediante interventi *ex post* al fine di condannare, *latu sensu*, gli operatori che violano le regole stabilite.

A fronte di tali poteri<sup>63</sup>, la giurisprudenza unanime riconosce il pote-

<sup>60</sup> Il Supremo Consesso ha affermato che il giudice ha il potere di accedere al fatto superando in tal modo l'orientamento che escludeva questa possibilità. Tuttavia, non è sempre facile distinguere tra l'accertamento del fatto e la fase della valutazione tecnica. Cfr. Cons. di Stato 12 ottobre 2017, n. 4733, Cons. di Stato, sez. VI, 2 luglio 2015, n. 3291; Cons. Stato, sez. VI, 26 gennaio 2015, n. 334.

<sup>61</sup> In merito all'attività di interpretazione delle leggi che le Autorità sono delegate a completare e a far rispettare si segnala il contributo di F. DENOZZA, *Discrezione e deferenza: il controllo giudiziario sugli atti delle autorità indipendenti "regolatrici" in Mercato concorrenza regole*, 3/2020. L'A. si sofferma sul modello adottato dalla Corte Suprema degli Stati Uniti in base al quale i giudici possono disattendere l'interpretazione che un'agenzia abbia dato ad una legge solo quando sia contraria alla volontà del legislatore oppure sia irragionevole.

<sup>62</sup> Invero, la delibera impugnata da Masotina S.p.A., interviene nell'ambito dell'attività regolamentate coperte dalla concessione RTU.

<sup>63</sup> Si richiama la decisione del T.A.R. Lombardia sez. II - Milano, 18/04/2019, n. 884 secondo cui *"La complessità tecnica delle valutazioni che precedono le scelte regolatorie di ARERA spesso non rende immediatamente percepibile, specie se guardate con gli occhi del "profano", l'iter*

re del giudice di accertare i fatti posti a fondamento della decisione dell'Autorità<sup>64</sup>. Non occorre che vi sia giurisdizione nel merito per consentire al giudice l'accertamento del fatto, rilevando tuttavia che tale assunto deve essere temperato e coordinato col principio dispositivo in virtù del quale le parti devono allegare i fatti oggetto della controversia.

Vi è però una differenza: nel caso degli atti di regolazione<sup>65</sup>, il giudice amministrativo sembra doversi limitare ad un sindacato di attendibilità<sup>66</sup>, non potendo sostituire la propria decisione a quella adottata dall'Autorità. Diversamente, in merito alle sanzioni irrogate

---

*logico-motivazionale che sorregge o giustifica la regola o il parametro introdotto dall'Autorità. Tale scarsa intelleggibilità (in gran parte fisiologicamente legata alla complessità tecnica dei criteri utilizzati) certamente non giustifica un indebolimento del sindacato giurisdizionale che, anzi, in questi casi deve essere particolarmente approfondito, specie sotto il profilo della attendibilità, della ragionevolezza e della adeguata motivazione, proprio al fine di evitare che l'utilizzo della tecnica possa giustificare una forma di arbitrio nell'esercizio della regolazione. Tocca, quindi, alla parte ricorrente fornire degli indici dai quali desumere la non attendibilità delle operazioni tecniche svolte dall'Amministrazione sotto il profilo della loro correttezza in merito a criterio tecnico e procedimento applicativo, richiesta dalla giurisprudenza, in quanto vige il divieto per il giudice di sostituire le proprie valutazioni a quelle dell'Amministrazione."*

<sup>64</sup> Sul punto sono intervenute anche le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno affermato il potere del giudice amministrativo di accertare i fatti posti a fondamento del provvedimento dell'Autorità e tale potere si estende anche ai profili tecnici. Cfr. Cass. Civ., S.U., 20 gennaio 2014, n. 1013.

<sup>65</sup> F. LIGUORI, *Le valutazioni tecniche delle Autorità indipendenti e giudice amministrativo*, op. cit. "Il giudice, anche rispetto ai poteri regolatori, oltre a dover vagliare la conformità al fatto in tutti i suoi corollari (completezza dell'istruttoria procedurale, anzitutto), è chiamato a ricostruire il quadro normativo in aderenza alla legge ed ai principi, e pertanto deve, in sede di esame della legittimità della regolazione, fornire la sua interpretazione giuridica."

<sup>66</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 2016, n. 162 secondo il quale "Le scelte regolatorie compiute dall'Autorità per l'Energia Elettrica ed il Gas (AEEG), specie quelle che incidono sui meccanismi tariffari, sono spesso caratterizzate da un elevato tasso di complessità tecnica, in quanto normalmente presuppongono o sottendono questioni specialistiche la cui risoluzione richiede l'impiego di concetti e nozioni appartenenti a discipline di settore, di carattere prevalentemente economico e finanziario. A fronte di valutazioni tecnicamente complesse il sindacato giurisdizionale deve avvenire «con gli occhi dell'esperto», ovvero riutilizzando le stesse regole tecniche impiegate dall'Autorità: il giudice deve valutare se, da un punto di vista tecnico-specialistico, la scelta dell'Autorità risulti attendibile e ragionevole, senza confondere il piano della difficile intelligibilità (che è il riflesso fisiologico della complessità tecnica della materia regolata) con quello della irragionevolezza o dell'inadeguatezza motivazione. La necessità di un sindacato intrinseco e forte sotto questo profilo rappresenta allora una forma di garanzia non solo per il privato, ma anche e prima ancora per l'Autorità, onde evitare che scelte regolatorie supportate da una adeguata motivazione tecnica possano essere censurate solo perché risultano, se guardate dall'esterno, di difficile comprensione".

dall'Autorità, sussiste la giurisdizione di merito<sup>67</sup> e pertanto<sup>68</sup>, il giudice amministrativo può, non solo accertare il fatto che configura la violazione, presupposto dell'irrogazione della sanzione, ma anche modificare il *quantum* della sanzione<sup>69</sup>.

Pertanto, anche con riguardo all'area in cui gravitano le Authorities, non mancano voci in dottrina che sostengono la possibilità del giudice di sostituire, a seguito dell'accertamento dei fatti, la propria decisione con quella dell'amministrazione<sup>70</sup>.

Non solo: si ritiene che non vi sia bisogno di porre paletti al fine di delineare il rapporto tra Autorità amministrative indipendenti e potere giurisdizionale, trattandosi di due attori che perseguono lo stesso interesse<sup>71</sup>: garantendo il corretto funzionamento del mer-

<sup>67</sup> In termini generali sulla distinzione si rinvia a F. LIGUORI, *Il sindacato di merito nel giudizio di legittimità*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2018. L'A. osserva che la distinzione tra giudizio di legittimità e di merito è ormai sfumata. Tuttavia solo nella giurisdizione di merito, per ragioni di tempo, è prevista la possibilità del giudice di correggere l'operato dell'amministrazione senza restituire ad essa l'affare.

<sup>68</sup> Per completezza occorre rilevare che in materia di atti delle Autorità amministrative indipendenti sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo prevista dall'art.133c.p.a., ad eccezione della materia delle sanzioni per le quali la giurisdizione è estesa al merito.

<sup>69</sup> In materia di sanzioni vi è stato l'intervento della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha utilizzato i c.d. *Engel criteria* per stabilire se si è in presenza di un'accusa in materia penale. Sulla base di tali criteri, la Corte ha qualificato come quasi-penali i procedimenti svolti e le sanzioni applicate dall'Autorità amministrative indipendenti e di conseguenza ha esercitato lo scrutinio previsto dall'art. 6, par.1 della CEDU per verificare la compatibilità del procedimento e della sanzione alle garanzie sancite nella Convenzione. Secondo una giurisprudenza consolidata della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, lo Stato membro ha facoltà di affidare l'irrogazione di sanzioni sostanzialmente penali anche ad un'autorità amministrativa se su di essa è assicurato un successivo controllo di piena giurisdizione.

La Corte Europea, nella sentenza *Grande Stevens ed altri c. Italia* del 4 marzo 2016 ha fatto salvo il procedimento sanzionatorio della Consob definendolo solo una prima fase di un procedimento unitario, seguito dalle successive fasi di natura giurisdizionale dinanzi al giudice dell'opposizione alla sanzione.

In sede giurisdizionale è garantita la *full jurisdiction*: il giudice può emanare una sentenza a efficacia costitutiva che modifica il *quantum* della sanzione. Il sindacato è svolto sulla base dei parametri di adeguatezza e proporzionalità della sanzione.

<sup>70</sup> In questi termini F.G. SCOCA, *Giudice amministrativo ed esigenze del mercato*, in *Diritto amministrativo*, 2008. Secondo l'Autore non vi sono ragioni né di tipo normativo né di sistema per impedire al giudice, almeno in linea teorica, di esercitare un sindacato totalmente pieno.

<sup>71</sup> E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'ARERA; la loro classificazione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale*, Relazione per il convegno "Autorità indipendenti di 3 regolazione

cato. Pertanto, ostacolare il naturale esercizio dei poteri potrebbe produrre conseguenze negative<sup>72</sup>.

In applicazione delle coordinate giurisprudenziali analizzate, il Consiglio di Stato, nella decisione in esame, ha aderito all'indirizzo giurisprudenziale prevalente, favorevole al sindacato intrinseco non sostitutivo delle determinazioni delle Autorità amministrative indipendenti.

Invero, sul versante tecnico, il Supremo Consesso ha verificato se l'Autorità avesse violato il principio di ragionevolezza tecnica, ribadendo che il giudice non può sostituirsi all'amministrazione in quanto il legislatore, nel campo della regolazione economica, non ha stabilito l'interesse prevalente rimettendo all'Autorità il compito di delineare *in itinere* l'interesse pubblico che l'atto mira a tutelare<sup>73</sup>. Alla luce di tali argomentazioni, il giudice ha analizzato il merito della questione e ha preferito, - sul punto si anticipa quanto si dirà dopo - la tutela della concorrenza, lesa dalla delibera impugnata, che ha pertanto annullato.

Il caso in esame non è isolato. Il giudice amministrativo si è pronunciato al fine di tutelare la concorrenza anche in altri settori di competenza di Autorità amministrativa indipendente. Si veda a titolo esemplificativo la vicenda della proroga dei diritti d'uso delle frequenze. Anche in quel caso, il giudice amministrativo ha ritenuto che l'assegnazione delle frequenze agli operatori in proroga a condizioni più vantaggiose rispetto a quelle accordate all'operatore aggiudicatario della gara andasse a ledere la concorrenza<sup>74</sup>.

---

*dei mercati e tutela giurisdizionale amministrativa*" pubblicata su [giustizia-amministrativa.it](http://giustizia-amministrativa.it), 2019. L'Autrice propone, come soluzione alternativa, di introdurre, per le controversie riguardanti particolari materie, la decisione di un collegio giudicante in composizione allargata comprensiva di membri laici, professionisti del settore oggetto della decisione.

<sup>72</sup> In questo senso M. CLARICH, *Le autorità indipendenti nello "spazio regolatorio": l'ascesa e il declino del modello* in *Diritto pubblico*, n.3/2004. L'A. ricorre al linguaggio degli economisti per spiegare che gli interessi non sono contrapposti ma devono essere coordinati al fine di evitare che la partita che si gioca nello spazio regolatorio sia vinta dai poteri forti, pubblici o privati che siano.

<sup>73</sup> Cfr. Consiglio di Stato n.731, n. 732, n. 768 e n. 4914 del 2021.

<sup>74</sup> TAR Lazio, Roma, sez. III del 26 novembre 2019, n. 13568: il Tar ha ritenuto che i provvedimenti impugnati fossero in contrasto con i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento e proporzionalità. Per un'analisi approfondita della giurisprudenza dei diritti d'uso di bande di frequenza si rinvia a L. LORENZONI, *Valutazioni tecniche e giudice amministrativo. Il caso delle comunicazioni elettroniche* in A. MOLITERNI (a cura di) *Le valutazioni tecnico-scientifiche tra amministrazione e giudice: concrete dinamiche dell'ordinamento*, Napoli, 2021.

## 5. La giurisprudenza in materia di ambiente e attività economiche

La sentenza in esame pone l'accento sul tema dei rifiuti e, come in apertura è stato evidenziato, sul cambiamento verso la cd. economia circolare. Quest'ultima è, tuttavia, limitata al miglior consumo delle risorse. Nondimeno essa può essere punto di partenza per la cd. transizione ecologica<sup>75</sup>, una nuova strategia per affrontare la questione ecologica<sup>76</sup>.

Sebbene le direttive europee del pacchetto economia circolare siano tutte in materia di rifiuti, le questioni relative alla necessità di preservare l'ambiente e di adottare nuovi modi di gestire le risorse non si esauriscono in tale ambito, richiedendo di affrontare il rapporto tra ambiente e sviluppo in termini più ampi<sup>77</sup>.

In relazione a tale rapporto si possono individuare diverse fasi<sup>78</sup>.

In una prima embrionale stagione si affermava la logica della produzione senza alcun limite di tipo ambientale. In sostanza, l'unico obiettivo era la massimizzazione del profitto con lo sfruttamento

<sup>75</sup> In questi termini F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni* in *Diritto amministrativo*, n. 4/2021. L'Autore propone di guardare l'economia circolare sotto il profilo del cambio di paradigma dalle politiche settoriali all'approccio olistico in quanto, in tal modo, la transizione ecologica ne diventa la sua proiezione strategica.

<sup>76</sup> E. SCOTTI, *Poteri pubblici, sviluppo sostenibile ed economia circolare* in *Il diritto dell'economia*, n.1/2019. L'A. evidenzia le potenzialità dell'economia circolare in quanto sostiene che possa divenire una chiave fondamentale di evoluzione del sistema, capace di orientare le politiche pubbliche aventi ad oggetto la regolazione dei settori economici e la protezione dell'ambiente.

<sup>77</sup> R. CABAZZI, *Dalla "contrapposizione" alla "armonizzazione"? Ambiente ed iniziativa economica nella riforma (della assiologia) costituzionale* in *federalismi.it*, n.7/2022. L'Autore abbraccia una visione olistica dell'ambiente capace di far emergere l'importanza dei legami tra gli elementi che lo compongono. Quindi, va preferito un approccio sistematico che metta in relazione i diversi fattori

<sup>78</sup> Sul punto si vedano F. DE LEONARDIS, *La transizione ecologica come modello di sviluppo di sistema: spunti sul ruolo delle amministrazioni* in *Diritto amministrativo*, n.4/2021 e F. DE LEONARDIS, *Ambiente e Costituzione economica* in *Il diritto dell'economia*, n.3/2019. L'Autore evidenzia che *"la prima tappa è quella della red economy ossia dell'economia tradizionale che prende a prestito dalla natura, dall'umanità e dai beni comuni senza preoccuparsi di come ripagare il debito se non consegnandolo al futuro, e in cui i rifiuti sono considerati delle res derelictae. La seconda tappa è quella della green economy nella quale si chiede alle imprese di investire di più e ai consumatori di spendere di più per preservare l'ambiente. Infine, grazie al pacchetto sull'economia circolare del 2018 si afferma la cd. blue economy per la quale l'ambiente si viene a caratterizzare come un vero e proprio driver dello sviluppo economico e istituzionale"*.

delle risorse. In una seconda fase, preso atto della scarsità delle risorse, la protezione dell'ambiente emerge come limite all'attività economica ed è, quindi, a quest'ultima contrapposta. Oggi, invece, si cerca di conciliare sviluppo e ambiente in un'ottica sinergica<sup>79</sup>.

Siamo in presenza di una tendenziale evoluzione che comporta un'attenzione verso lo sviluppo sostenibile con un ridimensionamento dell'attività economica. Emblematica di tale rapporto è l'affermazione a livello eurounitario del principio d'integrazione<sup>80</sup> tra tutela dell'ambiente e promozione dello sviluppo sostenibile (artt. 11 TFUE e 37 Carta UE), dal momento che l'interesse ambientale non costituiva uno dei pilastri su cui si fondava l'Unione Europea<sup>81</sup>. Tanto preliminarmente posto, come si è già avuto modo di anticipare, a livello interno, la rilevanza del bene ambiente è emersa in maniera evidente nel quadro della recente modifica dell'assetto costituzionale.

È dubbio se tale modifica abbia realmente cambiato i termini di un rapporto complesso, in quanto sembra che il legislatore abbia inserito un ulteriore limite all'iniziativa economica privata, rappresentato

---

<sup>79</sup> La Corte Costituzionale nella sentenza n. 179/2019 ha fatto riferimento ad un *“processo evolutivo diretto a riconoscere una nuova relazione tra la comunità territoriale e l'ambiente che la circonda, all'interno della quale si è consolidata la consapevolezza del suolo quale risorsa naturale eco-sistemica non rinnovabile, essenziale ai fini dell'equilibrio ambientale, capace di esprimere una funzione sociale e di incorporare una pluralità di interessi e utilità collettive, anche di natura intergenerazionale”*.

A livello europeo rileva la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle regioni su un nuovo approccio per un'economia blu sostenibile nell'UE. Trasformare l'economia blu dell'UE per un futuro sostenibile: *“L'idea ormai superata dell'antagonismo tra protezione dell'ambiente ed economia viene progressivamente sostituita dalla consapevolezza che gli interessi ambientali e quelli economici sono intrinsecamente correlati”*.

<sup>80</sup> Sul principio di integrazione si veda F. ROLANDO, *L'attuazione del principio di integrazione ambientale nel diritto dell'Unione europea* in DPCE online, 2023. L'A. sottolinea che il principio di integrazione impone alle istituzioni che esercitano il potere legislativo di tenere in considerazione, nell'adozione di atti normativi che possono avere effetti sull'ecosistema, le conseguenze ambientali positive e negative delle loro scelte politiche. Inoltre, il principio di integrazione deve orientare l'interpretazione delle disposizioni dei Trattati così come delle norme di diritto derivato.

Tuttavia, la stessa Autrice manifesta delle perplessità sull'effettiva applicazione del principio in esame, auspicando un intervento chiarificatore della Corte di giustizia volto a definire con maggiore precisione il contenuto dell'obbligo di procedere alla valutazione delle esigenze connesse alla tutela dell'ambiente.

<sup>81</sup> Di recente, il Consiglio di Stato ha definito tale principio la «direttiva di metodo» per una «nuova assiologia compositiva», Cons. Stato 23 settembre 2022, n. 8167.

dall'interesse ambientale, andando, di conseguenza, ad incidere significativamente sul preesistente assetto dei valori incorporati nelle disposizioni rilevanti<sup>82</sup>.

Al contrario, la portata della modifica potrebbe essere derubricata alla luce di una lettura che ascriva alla stessa rilevanza simbolica<sup>83</sup>, in considerazione del fatto che l'interesse ambientale è da sempre tutelato nel nostro sistema, anche in mancanza di una previsione espressa<sup>84</sup>. In questo senso la novella interverrebbe per operare un adeguamento della Costituzione ad una prassi ormai consolidata nel nostro Paese<sup>85</sup>.

Invero, la tutela dell'ambiente era già presa in considerazione nel bilanciamento di opposti interessi e, come affermato dalla Corte Costituzionale nella storica sentenza n.85/2013, l'interesse ambientale non assume una posizione tirannica nei confronti delle altre posizioni giuridiche costituzionalmente riconosciute, bensì bisogna ricercare un punto di equilibrio secondo i principi di ragionevolezza e proporzionalità<sup>86</sup>.

<sup>82</sup> Sul punto si veda L. CASSETTI, *Riformare l'art. 41 della Costituzione: alla ricerca di "nuovi" equilibri tra iniziativa economica privata e ambiente?* in *federalismi.it*, n.4/2022. L'Autrice afferma la centralità assoluta della tutela ambientale a seguito della revisione costituzionale.

<sup>83</sup> In tal senso si veda D. GRIFONI, *Il concetto di "utilità ambientale" nell'art.41 Cost. Riflessioni a seguito della legge costituzionale n.1/2022* in *Rivista giuridica Ambienteditto*, n.3/2022. L'A. afferma che la riforma non apporta alcuna novità in quanto la locuzione "utilità sociale" di cui all'art. 41 della Costituzione rappresenta una valvola respiratoria dell'ordinamento capace di riconoscere alla tutela ambientale sempre più attenzione. Inoltre, si richiama quanto affermato da Guarino durante l'indagine conoscitiva aperta dalla Commissione I durante la XIII Legislatura: *"Quando si fanno delle norme, soprattutto di carattere costituzionale, bisogna essere in grado di antivedere quale sarà il modo in cui potranno reagire alle varie modificazioni della Costituzione materiale"*.

<sup>84</sup> A titolo di esempio si vedano la sentenza n. 617/1987 e n.641/1987 della Corte Costituzionale che già considerava l'ambiente come «bene primario» e «valore assoluto» così come la sentenza della Cassazione civile sez. III, 03/02/1998, n. 1087 che aveva affermato la configurabilità dell'ambiente come bene giuridico.

Si veda *ex multis* la sentenza n.127/1990 pronunciata dalla Corte Costituzionale in materia di immissioni in cui ha affermato che: *"il limite massimo di emissione inquinante non potrà mai superare quello ultimo assoluto e indefettibile rappresentato dalla tollerabilità per la tutela della salute umana e dell'ambiente in cui l'uomo vive: tutela affidata al principio fondamentale di cui all'art. 32 della Costituzione, cui lo stesso art. 41, secondo comma, si richiama"*.

<sup>85</sup> In questi termini F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"* in *Rivista giuridica Ambienteditto*, 3/2022. Secondo l'Autore: *"la riforma realizza un riallineamento rispetto a una attuazione legislativa di un compito che la Repubblica si era già incaricata di assolvere pur in assenza di uno specifico ancoraggio costituzionale"*.

<sup>86</sup> La sentenza citata nasce dal noto caso ILVA, nel quale si contrappongono, da una

Tuttavia la Corte successivamente, nella sentenza 58/2018, occupandosi del bilanciamento tra salute e libertà di iniziativa economica, dichiara quest'ultima recessiva, ritenendo necessaria e non trascurabile la tutela di diritti costituzionali inviolabili, quali la salute e la vita<sup>87</sup>.

È evidente come la giurisprudenza sul punto sia ondivaga trattandosi di interessi sensibili<sup>88</sup> e dunque di bilanciamenti che fronteggiano l'impossibilità di individuare a monte e una volta per tutte l'interesse prevalente<sup>89</sup>.

---

parte, il diritto alla salute dei lavoratori e dei cittadini e, dall'altra, l'esigenza di preservare un'attività economica di importanza rilevante.

Sinteticamente, la Corte ammette che il legislatore può intervenire per salvaguardare la continuità produttiva in settori strategici per l'economia nazionale e per garantire i livelli di occupazione. Allo stesso tempo, assegna il termine di trenta giorni per la predisposizione del piano di risanamento dello stabilimento.

L'anno prima, la stessa Corte, nella sentenza n. 264 del 2012 aveva affermato che "la tutela deve essere sempre sistemica e non frazionata in una serie di norme non coordinate ed in potenziale conflitto tra loro".

<sup>87</sup> Il cambio di rotta della Corte è dovuto ai ritardi e alla lentezza delle procedure per l'adozione dei piani di risanamento al punto da far ritenere che il legislatore abbia finito col privilegiare in modo eccessivo l'interesse alla prosecuzione dell'attività produttiva, trascurando del tutto le esigenze di diritti costituzionali inviolabili legati alla tutela della salute e della vita stessa. In altri termini, l'attività d'impresa deve essere tesa al rispetto dei valori della persona umana e al rispetto dei limiti sanciti dall'art. 41 della Costituzione.

Nel caso di specie, il legislatore non ha previsto misure immediate e tempestive atte a rimuovere prontamente la situazione di pericolo per l'incolumità dei lavoratori. Inoltre, mancava ogni riferimento a disposizioni di legge in materia di sicurezza sul lavoro o ad altri modelli organizzativi e di prevenzione per tutelare i lavoratori.

La vicenda è poi stata seguita dalla sentenza Cordella e altri c. Italia, del 24 gennaio 2019 in cui la Corte di Strasburgo ha affermato la lesione dell'art. 8 della CEDU da parte dell'Italia in quanto il giusto equilibrio da assicurare tra, da una parte, l'interesse dei ricorrenti a non subire gravi danni all'ambiente che possano compromettere il loro benessere e la loro vita privata e, dall'altra, l'interesse della società nel suo insieme, non è stato rispettato. In particolare, il governo italiano era intervenuto diverse volte con misure urgenti al fine di garantire la continuazione dell'attività di produzione dell'ILVA nonostante l'esistenza di gravi rischi per la salute e l'ambiente.

<sup>88</sup> M. ODONI, *Il caso Ilva davanti alla Corte europea dei diritti umani: tutela par ricochet dell'ambiente o tutela par double ricochet della salute pubblica?* in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.1/2021. L'Autore rileva che non si tratta di bilanciare l'interesse di alcuni individui con quello contrapposto della comunità nel suo insieme, ma di stabilire una gerarchia tra interessi entrambi propri del corpo sociale. In sostanza, nel caso Ilva si tratta di stabilire se deve prevalere il benessere economico del Paese o la protezione della salute pubblica.

<sup>89</sup> A titolo di esempio, in materia di rifiuti, si veda la sentenza *Di Sarno e altri c. Italia*,

La stessa emergenza pandemica, da poco trascorsa, ha dimostrato come il bilanciamento e i risultati del medesimo siano dinamicamente legati al tempo e alle coordinate in cui esso viene compiuto<sup>90</sup>, e come cioè esso sia condizionato dai cambiamenti delle situazioni che determinano il contesto della valutazione. Nel caso preso in considerazione, si è assistito ad una enfaticizzazione del rilievo del diritto alla salute rispetto ad altri interessi, tra i quali può essere appunto annoverato l'interesse alla produttività e di conseguenza, alla libera concorrenza tra gli operatori come strumento per conseguire la prima.

Il motivo di tale scelta appare intuitivo: non si possono tutelare la produzione, gli interessi economici se è a rischio la salute e la vita di tutti i cittadini<sup>91</sup>.

In tutti i casi resta ferma la necessità di contemperare i diversi interessi in gioco, anche quando si tratta di tutelare l'ambiente<sup>92</sup>.

Tra l'altro, la dimostrazione dell'impossibilità di tutelare il bene dell'ambiente in modo assoluto, emerge dalla normativa in materia di danno ambientale. In tal senso rileva il principio eurounitario «non arrecare un danno significativo» all'ambiente (*Do No Significant Harm: DNSH*), secondo il quale non bisogna sostenere o svolgere attività economiche che cagionino pregiudizi rilevanti o gravi all'ambiente<sup>93</sup>.

---

la Corte Europea dei diritti dell'uomo, in disaccordo con la Corte di giustizia dell'UE, non ha ritenuto che la c.d. 'crisi dei rifiuti' in Campania, pur avendo costretto i ricorrenti a vivere in un ambiente degradato dall'abbandono della spazzatura nelle vie pubbliche, abbia costituito un pericolo per la salute della popolazione.

Per un'analisi più approfondita sul caso si rinvia a V. CARDINALE, *Il caso Di Sarno et a. contro Italia: riflessioni sul rapporto tra tutela dell'ambiente, diritto alla salute e gestione dei rifiuti in federalismi.it*, n.1/2013.

<sup>90</sup> M. PENNASILICO, *La "sostenibilità ambientale" nella dimensione civil-costituzionale: verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"* in *Rivista quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, n. 3/2020 parla di "una gerarchia assiologica mobile, perennemente variabile secondo la valutazione discrezionale delle circostanze e degli interessi del caso concreto".

<sup>91</sup> Sul punto si veda M. PENNASILICO, *Emergenza e ambiente nell'epoca pandemica. Verso un diritto dello "sviluppo umano ed ecologico"*, in *Giustizia civile*, n.3/2021. L'A. evidenzia che il Governo nella fase pandemica ha dato assoluta prevalenza al diritto collettivo alla salute facendo divenire recessivi tutti gli altri interessi.

<sup>92</sup> Rilevante sul punto è la sentenza del Consiglio di Stato, secondo il quale la «primarietà di valori come la tutela del patrimonio culturale o dell'ambiente implica che di essi si tenga necessariamente conto nei complessi processi decisionali pubblici, ma non ne legittima una concezione "totalizzante" come fossero posti alla sommità di un ordine gerarchico assoluto» (Cons. Stato 23 settembre 2022, n. 8167).

<sup>93</sup> A tal proposito si veda M. PENNASILICO, *Ambiente e iniziativa economica: quale "bilancia-*

In sostanza, non si può pretendere un cambiamento repentino delle modalità di produzione tale da favorire in assoluto l'ambiente<sup>94</sup>, piuttosto si cerca di promuovere modi di produzione meno dannosi e pertanto compatibili con l'ambiente<sup>95</sup>.

Si auspica una riconversione dell'economia, ma sarebbe un'illusione pensare che tale esito sia conseguibile nell'immediato. Piuttosto un simile risultato è attingibile sulla base di scelte compromissorie che caratterizzano più snodi interlocutori e, più che prescrivere di accordare prevalenza assoluta all'ambiente tra gli interessi tutelabili, suggerisce l'opportunità di adottare una soluzione di sintesi che ap-

---

*mento*”? in *Rivista giuridica ambiente e diritto*, n. 4/2023. Dal principio in questione l'Autore deduce la liceità di danni lievi all'ambiente e la possibilità di bilanciare l'interesse ambiente con l'iniziativa economica.

Il Tar Puglia-Lecce nella sentenza n. 658/2011 ha stabilito che il principio DNSH allude «ad un orientamento degli investimenti finanziari necessariamente frutto di un bilanciamento che eviti il perseguimento di un obiettivo ambientale a discapito di altri e favorisca, comparativamente, l'interesse primario ad investire nella attività a più elevato grado di eco-sostenibilità».

<sup>94</sup> A titolo esemplificativo si veda la sentenza della Corte Costituzionale n. 267/2016 in materia di impianti eolici. La Corte ha osservato che “la disciplina dello sfruttamento dell'energia eolica è caratterizzata da una valutazione frammentata e parcellizzata dei vari interessi pubblici, la quale si manifesta nell'espletamento di procedimenti minori, la cui definizione è tuttavia necessaria per ottenere l'autorizzazione unica finale. Questa soluzione adottata dal legislatore statale, se da un lato è giustificata dalla complessità e dalla dialettica degli interessi in gioco nel pur unitario scenario della tutela ambientale, dall'altro determina obiettivamente effetti dilatori sull'iniziativa di sfruttamento dell'energia eolica, favorendo indirettamente tipologie di impianti connotati da minori barriere amministrative. Tutto ciò pesa inevitabilmente sugli indirizzi imprenditoriali in ordine alla scelta delle singole fonti di energia rinnovabile, determinando una tendenziale preferenza per iniziative alla cui realizzazione si frappongono in misura minore ostacoli burocratici”. Pertanto, la Corte ha censurato la norma regionale impugnata in quanto la previsione di un'ulteriore autorizzazione regionale poneva un ostacolo alla libera iniziativa privata come “funzionalizzata” alla cura di interessi ambientali dalla specifica normativa statale.

Così come la Corte Edu nella vicenda Lopez Ostra c. Spagna (n. 16798/1990), in accoglimento di un ricorso per violazione dell'art.8 della Convenzione, ha evidenziato come “le Pubbliche Autorità, quando si trovino a mettere in funzionamento impianti inquinanti per il trattamento di sostanza potenzialmente nocive, devono operare un equo bilanciamento tra interessi contrapposti entrambi meritevoli di tutela: l'interesse della collettività alla presenza dell'impianto, dall'altro quello individuale dei singoli abitanti nei luoghi limitrofi all'impianto stesso, a conservare un ambiente salubre”.

<sup>95</sup> G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo* in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1/2020. L'Autore evidenzia che anche l'Unione Europea ha delegato la Commissione affinché realizzasse un sistema di classificazione unificato e di indicatori tali da valutare la compatibilità ambientale. Si ragiona in termini di “grado di ecosostenibilità” e di conseguenza, le attività qualificate come favorevoli sono in realtà solo meno dannose.

paia l'opzione più ecologica tra le diverse prefigurabili<sup>96</sup>.

Da un ulteriore angolo visuale mette conto evidenziare come la promozione della tutela dell'ambiente possa essere utilizzata dalle imprese come espediente commerciale, vale a dire, per attirare i consumatori e di conseguenza, aumentare il fatturato. In tal senso va rimarcato che le informazioni riguardanti la compatibilità ambientale possono ben essere poste in primo piano dalle imprese per puntare alla sensibilità al tema ambiente degli utenti, ma chiaramente, solo ove queste siano attendibili<sup>97</sup>.

## 5. Concorrenza vs ambiente: un bilanciamento complesso

Com'è stato precedentemente anticipato, l'importanza dell'interesse ambientale ha imposto un bilanciamento con gli interessi preesistenti che si trovano in conflitto con lo stesso. Uno di questi è sicuramente la tutela del mercato e della concorrenza.

La sentenza in commento riguarda la disciplina dei rifiuti che mira, da un lato, a prevenire e ridurre l'impatto ambientale e ad assicurare la tutela dell'ambiente, ma si occupa, dall'altro lato, della tutela della concorrenza tra i diversi operatori e di garantire il funzionamento del mercato<sup>98</sup>. In altri termini, si cerca di contemperare i diversi in-

<sup>96</sup> La Commissione dell'Unione Europea ha elaborato un sistema di sussidi da erogare in base alla quantità di rifiuti prodotti, sul minore o maggiore danno alla biodiversità, sul grado di inquinamento dell'attività in modo da influenzare le imprese a scegliere l'opzione che sia *most environmentally friendly* tra le varie soluzioni possibili.

<sup>97</sup> In questi termini S.VERNILE, *L'ambiente come "opportunità". Una riflessione sul contributo alla tutela ambientale da parte del "secondo" e del "quarto settore" tra greenwashing, economia circolare e nudge regulation in Il diritto dell'economia*, n.3/2022. L'A. evidenzia che la diffusione del concetto di *greenwashing* cioè il tentativo, da parte delle imprese, di ricorrere a campagne di comunicazione c.d. di *green marketing* per mostrarsi al pubblico più attente ed impegnate sul fronte ambientale al fine di trarne un vantaggio competitivo anche in assenza di effettivi accorgimenti ambientali, pone numerose problematiche giuridiche. In tale ambito, a titolo meramente esemplificativo, si veda l'ordinanza del 25 novembre 2021 del Tribunale di Gorizia, una delle prime che ha stigmatizzato la diffusione di *claim* ingannevoli (asserzioni tese a dare l'impressione che il prodotto abbia un impatto positivo sull'ambiente) in quanto le informazioni date non possono essere generiche ma devono essere verificabili. Per completezza, si precisa che tale ordinanza è stata poi revocata in sede di reclamo.

<sup>98</sup> Così l'art. 217 del vigente codice dell'ambiente: *Il presente titolo disciplina la gestione degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio sia per prevenirne e ridurre l'impatto sull'ambiente, favorendo, fra l'altro, livelli sostenuti di riduzione dell'utilizzo di borse di plastica, nonché misure intese a prevenire la produzione di rifiuti di imballaggio, ad incentivare il riutilizzo degli imballaggi, il riciclaggio e altre forme di recupero dei rifiuti di imballaggio e, conseguentemente, la riduzione dello smaltimento*

teressi in gioco con l'obiettivo di comprendere se esista una "gerarchia" tra il valore della concorrenza e l'ambiente, anche guardando alla normativa europea<sup>99</sup>.

Nel caso in esame, l'Autorità amministrativa indipendente ha giustificato il meccanismo incentivante per i soli gestori integrati, al fine di ottimizzare il servizio pubblico e dunque, raggiungere una più elevata qualità della raccolta differenziata<sup>100</sup>. Ciò impone di verificare se l'incentivo sia idoneo a falsare il gioco della concorrenza e, di conseguenza, a spingere fuori dal mercato gli operatori che si collocano nella fase a valle della raccolta.

Sul punto va rammentato che l'applicazione della normativa sulla concorrenza presuppone che le imprese siano in concorrenza e che operino nello stesso mercato<sup>101</sup>. Nel settore degli imballaggi, a ben vedere, vengono in rilievo due mercati rilevanti: il mercato della raccolta ed il mercato del recupero<sup>102</sup>.

---

*finale di tali rifiuti, ed assicurare un elevato livello di tutela dell'ambiente sia per garantire il funzionamento del mercato, nonché per evitare discriminazioni nei confronti dei prodotti importati, prevenire l'insorgere di ostacoli agli scambi e distorsioni della concorrenza e garantire il massimo rendimento possibile degli imballaggi e dei rifiuti di imballaggio.*

Anche nella delibera 443/2019/R/rif l'AREERA afferma come «sia opportuno che i criteri di regolazione tariffaria in materia di ciclo dei rifiuti, oltre a promuovere l'efficienza e l'economicità complessiva del servizio, nel rispetto dell'equilibrio economico finanziario dei gestori, consentano anche il conseguimento degli obiettivi di carattere ambientale in coerenza con il quadro eurounitario e nazionale».

<sup>99</sup> Sul punto, sebbene in tema di semplificazione, F. LIGUORI, *Tutela dell'ambiente e misure di semplificazione*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, n.1/2020 in cui l'A. condivide l'orientamento attuale della giurisprudenza della Corte Costituzionale secondo cui non vi è una rigida gerarchia tra diritti fondamentali, neanche in presenza di valori definiti primari dalla stessa Carta. Egli afferma che "la collocazione gerarchica dell'interesse ambientale non ne preclude il bilanciamento con altri valori di rango costituzionale, anzi la Costituzione non stabilisce una graduazione gerarchica consentendo scelte che non escludono a priori la recessività di aspetti legati alla tutela ambientale, ferma restando la necessità di salvaguardarne il contenuto essenziale."

<sup>100</sup> S. LOCATTINI, *Noterelle sulla regolazione (tariffaria) dei rifiuti* in *Nel merito* n.2/2021. L'Autore rileva che un approccio simile emerge dal metodo tariffario idrico in quanto non solo mira a premiare l'efficienza dei gestori ma anche a superare la frammentazione gestionale, favorendo le aggregazioni e incentivando l'attivazione della gestione unica per ambito ottimale.

<sup>101</sup> M. LIBERTINI, voce *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali*, vol. III, Milano, 2010. L'Autore osserva che un mercato correttamente funzionante, dove la logica competitiva non viene alterata da comportamenti distorsivi, garantisce un incremento della produzione di beni e servizi a prezzi più bassi, nell'ottica di una maggiore efficienza allocativa, produttiva e dinamica.

<sup>102</sup> Per un'analisi sul punto E. QUADRI, *I provvedimenti tipici dell'AREERA; la loro classifica-*

Il primo ha ad oggetto i materiali recuperati attraverso la raccolta differenziata realizzata dal gestore pubblico. All'interno di tale mercato sono distinguibili ulteriori segmenti della raccolta dei rifiuti urbani e assimilati (generalmente indicato come mercato dei servizi di igiene urbana) i cui attori principali sono soggetti pubblici, e il sotto-mercato della raccolta dei rifiuti speciali su suolo privato, effettuata da imprese private.

Invece, il mercato del recupero riguarda le operazioni di selezione e il primo trattamento delle materie prime secondarie. In sostanza, si tratta della fase di acquisizione di valore di scambio dei materiali raccolti a seguito della loro separazione in frazioni omogenee e depurati degli scarti.

Sebbene formalmente i due mercati siano separati, è evidente che sono strettamente connessi e pertanto, le regolazioni sulla prima fase hanno ripercussioni sul mercato del recupero.

A fronte di quanto è stato rilevato, il Consiglio di Stato con la decisione in esame sembra aver dato maggiore rilevanza alla tutela della concorrenza annullando la delibera dell'ARERA che attribuiva il vantaggio ai soli gestori integrati. Nello specifico, il Supremo Consesso ha ritenuto il doppio incentivo irragionevole ed illogico in quanto, nel medesimo segmento di mercato, i gestori integrati duplicano la copertura dei costi mentre gli operatori autonomi percepiscono un solo corrispettivo dal CONAI<sup>103</sup>.

Pertanto, non è dimostrato che la figura del gestore integrato comporti un effetto benefico per l'ambiente e vi è il rischio che tale incentivo realizzi una sorta di monopolizzazione del settore dello smaltimento dei rifiuti che verrebbe dominato solo dai gestori integrati.

Inoltre, l'incentivo suscita dubbi di compatibilità con il divieto di aiuti di Stato posto dal diritto europeo agli Stati membri. Del re-

---

*zione e i riflessi sull'ambito del sindacato giurisdizionale, op. cit.*

<sup>103</sup> Il Consorzio ottiene dalle imprese aderenti un contributo denominato CAC (contributo ambientale CONAI) determinato in proporzione alla quantità totale, al peso ed alla tipologia del materiale di imballaggio immessi sul mercato nazionale dei consorziati nonché in base alla loro utilizzazione. Il finanziamento, raccolto dal CONAI e successivamente redistribuito ai consorzi di filiera detratti i costi necessari al proprio funzionamento, è destinato al ritiro degli imballaggi primari e in via accessoria, per l'organizzazione dei sistemi di raccolta, recupero e riciclaggio dei rifiuti di imballaggio secondari e terziari. Per un'analisi sul funzionamento del CONAI si rinvia a L. ARNAUDO, G.M. PIETROPAOLO, *Ambiente e concorrenza. Il caso delle gestioni consortili di rifiuti in Italia in Mercato Concorrenza Regole*, n.1/2011.

sto, non è condivisibile quanto affermato dal verificatore<sup>104</sup> che ha concluso nel senso dell'impossibilità di definire a priori l'efficienza di un incentivo in quanto le norme comunitarie impongono l'individuazione dello scenario di fatto e del probabile scenario controfattuale in assenza di aiuti<sup>105</sup>, proprio per giustificare una deroga al divieto di aiuti di stato.

Di conseguenza, oltre che una possibile distorsione della concorrenza vi sarebbe una violazione della trasparenza nella regolamentazione tariffaria che non consente di verificare il rispetto del principio dell'Unione Europea.

La partita si gioca su due fronti: se si guarda l'interesse degli imprenditori, il valore assolutamente prevalente è la tutela della concorrenza, al contrario, dal punto di vista della pubblica amministrazione si tratta di un meccanismo incentivante al fine di ottimizzare il servizio pubblico. In sostanza, l'autorità va ad aiutare i gestori integrati per migliorare l'attività e in tal modo, persegue un interesse pubblico<sup>106</sup>. Tuttavia, non si può negare che il ricorso a tale meccanismo comporta una lesione dell'interesse di alcuni operatori del mercato e di conseguenza, la lesione della concorrenza.

Al fine di inquadrare correttamente la questione, bisogna chiedersi se la concorrenza sia oggi un bene autonomo di per sé tutelabile o se sia strumentale al raggiungimento di un obiettivo. Se è vero, infatti, che la disciplina della concorrenza nasce tradizionalmente per raggiungere obiettivi di efficienza economica, è altrettanto vero, che negli ultimi anni si sta dando maggiore rilevanza a valori diversi dal mercato adottando un diverso approccio che vede la concorrenza come mezzo per soddisfare diversi obiettivi come la tutela dell'ambiente<sup>107</sup>. L'adozione di quest'ultima visione consentirebbe

<sup>104</sup> Si fa riferimento alla verifica effettuata, per il caso in esame, dal Direttore generale p.t. della Direzione generale economia circolare (EC) del Ministero della Transizione Ecologica.

<sup>105</sup> Commissione europea, Disciplina in materia di aiuti di Stato a favore del clima, dell'ambiente e dell'energia 2022, 2022/C 80/01, sez. 3.1, par. 26.

<sup>106</sup> Sul punto vi sono state decisioni della Corte di Giustizia che hanno giustificato deroghe al divieto di aiuti di Stato al fine di incentivare condotte ecocompatibili. Si veda C.G.U.E. 7 febbraio 1985, ADBHU, C-240/83, spec. Par. 12.

<sup>107</sup> Il nuovo approccio è presente anche nel codice dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023): si passa da una normativa che mirava al formale rispetto della concorrenza con la conseguenza di un procedimento connotato da vincoli e paletti per l'amministrazione ad un sistema in cui la concorrenza o meglio, l'accesso al mercato, diviene il mezzo per raggiungere un fine cioè l'affidamento dei contratti.

di far dialogare due settori apparentemente in contrapposizione<sup>108</sup>. A margine della decisione in commento che, come si è detto, offre la possibilità di ragionare, anche in termini generali, sulla relazione tra ambiente e mercato può richiamarsi l'introduzione da parte del legislatore del sistema EPR, ossia, il modello di responsabilità estesa al produttore che riguarda non solo la vita del prodotto in quanto tale, ma anche la fase finale della sua vita ed esiste, in capo al produttore, già prima che il bene divenga un rifiuto.

In sostanza, i costi legati alla fase finale di un prodotto sono posti in capo al produttore in modo che, quest'ultimo tenga, in considerazione anche i risvolti ambientali della fase di smaltimento e non si limiti ad immetterlo nel mercato<sup>109</sup>.

Con la disciplina descritta, il legislatore è intervenuto a monte cercando di favorire la produzione di prodotti più sostenibili con minori esternalità negative per l'ambiente<sup>110</sup>. Del resto, nel caso degli imballaggi (oggetto della pronuncia) si tratta di beni destinati a trasformarsi in rifiuti a prescindere dalla volontà del consumatore.

Probabilmente, nel caso in analisi, la considerazione della tipologia

<sup>108</sup> Quest'aspetto con riferimento ad altri temi viene analizzato da P. LA SELVA, *Alcune riflessioni su ambiente e concorrenza nella regolazione del mercato dei rifiuti in Il diritto dell'economia*, 3/2023. L'A. osserva che gli obiettivi di tutela dell'ambiente e dei mercati si realizzano attraverso le medesime modalità, ossia attraverso la correzione proporzionata dei fallimenti di mercato. Sul punto si veda anche P. LAZZARA, *La regolazione amministrativa: contenuto e regime*, in *Dir. amm.*, 2/2018.

<sup>109</sup> Tale sistema si pone in attuazione del principio "chi inquina paga" in base al quale un'azienda che provoca un danno ambientale ne è responsabile e deve farsi carico di intraprendere le necessarie azioni di prevenzione o di riparazione e di sostenere tutti i costi relativi. (Principio introdotto dalla Direttiva 2004/35/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 aprile 2004, sulla responsabilità ambientale in materia di prevenzione e riparazione del danno ambientale.).

Principio criticato da G. ROSSI, *Dallo sviluppo sostenibile all'ambiente per lo sviluppo* in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1/2020 in quanto sembra consentire il danneggiamento dell'ambiente in cambio di un pagamento come se il valore ambientale fosse monetizzabile.

<sup>110</sup> F. DE LEONARDIS, *Codice dell'ambiente, regolazione dei rifiuti e concorrenza nella nuova stagione dell'economia circolare* in *Rivista Quadrimestrale di diritto dell'ambiente*, 1/2022. L'Autore osserva che l'introduzione del modello EPR ha diversi benefici: innanzitutto il produttore del bene non riciclabile sarà costretto a spendere di più per il fine vita del suo prodotto rispetto ad un omologo riutilizzabile; il costo del fine vita del prodotto che tradizionalmente viene sostenuto dalla fiscalità generale, viene scaricato sui produttori ed infine l'EPR ha il merito di mettere in concorrenza i prodotti più sostenibili perché il meccanismo della concorrenza spinge gli operatori a innovare i modelli di produzione e di avvio a riciclo in modo sempre più efficiente e rispettoso della tutela dell'ambiente.

di bene oggetto della gestione dei rifiuti, vale a dire l'imballaggio, condiziona il segno della decisione del Consiglio di Stato: la volontà del consumatore e la sua scelta di acquistare o meno il prodotto non incide sulla concorrenza tra le imprese che si occupano della raccolta dei rifiuti dal momento che si tratta di una fase successiva, pertanto, per il ripristino del corretto funzionamento del mercato sono necessari interventi esterni.

In conclusione, non vi è dubbio che l'interesse pubblico prevalente sia la migliore gestione della raccolta dei rifiuti, tuttavia l'aumento dell'efficienza della stessa non necessita dell'intervento dell'Autorità che incide sul mercato falsando la concorrenza e violando il principio di non discriminazione. Al contrario, si auspica che l'Autorità intervenga incentivando gli operatori produttori di una raccolta di elevata qualità nell'ottica, quindi, di valorizzazione dei rifiuti, a prescindere dalle caratteristiche della singola impresa e dal segmento di mercato in cui opera<sup>111</sup>.

In tal senso, una maggiore protezione ambientale può essere realizzata mediante l'attribuzione di vantaggi economici per le imprese che migliorano le prestazioni ambientali delle loro attività<sup>112</sup>, dal momento che, visti i costi per l'adozione di tecniche di produzione a tutela dell'ambiente, nessuna impresa adotterà tali meccanismi in maniera spontanea e senza ottenere alcun ritorno economico o anche solo a livello reputazionale. In questo modo la concorrenza leale tra le imprese diviene uno strumento per favorire una raccolta di qualità con l'obiettivo ultimo di tutelare l'ambiente e garantire uno sviluppo sostenibile<sup>113</sup>.

---

<sup>111</sup> Del resto, il Consiglio di Stato rileva che, al contrario di quanto dedotto dal verificatore e dal giudice di primo grado, Masotina S.p.A. non chiede l'attribuzione del vantaggio economico disposto a favore dei gestori integrati, bensì si limita a rilevare che i benefici vanno solo ad alcuni operatori.

<sup>112</sup> Si tratta dell'approccio definito "*network-based governance*" da S. KINGSTON, V. HEYVAERT, A. CAVOSKI in *European Environmental Law*, Cambridge, 2017.

<sup>113</sup> Alcuni spunti interessanti su come coordinare ambiente e concorrenza sono analizzati da M. CLARICH, *La tutela dell'ambiente attraverso il mercato in Diritto pubblico*, 1/2017. L'A. evidenzia che in determinati settori, come nello smaltimento dei rifiuti, la politica di concorrenza e le politiche ambientali devono essere attuate in modo da rafforzarsi reciprocamente. Secondo la Direzione della concorrenza della Commissione UE, per un verso, un mercato più efficiente e concorrenziale può costituire uno strumento per una migliore politica ambientale; per altro verso, una politica ambientale condotta attraverso l'adozione di strumenti di mercato ben congegnati può ridurre al minimo il rischio di distorsioni della concorrenza.

# La fruizione del patrimonio culturale: un possibile “esercizio” di democrazia

CHIARA SARGIOTTA

(Dottoranda di ricerca in Diritto Comparato e Processi di Integrazione, Dipartimento di Scienze politiche dell'Università degli Studi della Campania *Luigi Vanvitelli*)

## Abstract

Il presente lavoro si propone di indagare la funzione democratica insita al processo di fruizione del patrimonio culturale con particolare riguardo alle strategie previste sul piano politico e giuridico. L'inscindibile legame con i territori e con le comunità che vi abitano esalta l'intrinseco valore simbolico del patrimonio culturale che concorre alla definizione dell'identità collettiva di un popolo perché capace di aggregare e promanare energie patiche che si tramutano nella sperimentazione della dimensione sociale e antropologica dell'individuo. Trasformare il processo di tutela, valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale in possibile “esercizio” di democrazia significa investire sulla persona come fulcro ideologico dell'ordinamento giuridico ma anche confrontarsi con gli strumenti normativi che avvicinano l'istanza di partecipazione alla materia culturale. In questo scenario, non ci si può esimere da una trattazione sul sistema multilivello delle competenze, inciso dalla recentissima approvazione della Riforma sull'autonomia differenziata e da una riflessione sulla prassi concertativa tra sfera pubblica e privata in materia culturale, sempre più diffusa sul piano territoriale.

*This work aims to investigate the democratic function of cultural heritage with particular regard to strategies envisaged at political and legal level. The inseparable link with the territories and communities that live there enhances the intrinsic symbolic value of cultural heritage. It contributes to the definition of the collective identity of a people because it is capable of aggregating and promoting patical energies that are transformed into the experimentation of the social and anthropological dimension of the individual. Transform the process of protection, valorization and enjoyment of cultural heritage into a possible “exercise” of democracy means investing on the person as ideological fulcrum of the legal system but also confronting with the legal instruments that approach the instance of participation to the cultural matter. In this scenario, we cannot avoid*

*discussing the multi-level system of competences, marked by the recent approval of the Reform on differentiated autonomy and a reflection on the practice of public-private cooperation in cultural matters.*

**Sommario:** 1. Riflessioni introduttive: arte, democrazia e partecipazione 2. Patrimonio culturale e governo del territorio 3. La partecipazione dei privati nei processi decisionali di valorizzazione e fruizione dei beni culturali 4. Conclusioni minime.

## 1. Riflessioni introduttive: arte, democrazia e partecipazione

Il rapporto ermeneutico tra cittadino e risoluzione pubblica costituisce un fondamentale pilastro per la conservazione della nostra architettura costituzionale che ruota intorno alle diverse declinazioni del concetto di persona<sup>1</sup> che, nella sua veste di cittadino, evoca l'essenza del vivere democratico: l'implementazione degli strumenti di partecipazione nell'esercizio delle funzioni pubbliche<sup>2</sup>. Nell'ambito di questa cornice teorica, si intendono approfondire le riflessioni che riguardano le politiche pubbliche in materia di tutela, promozione e valorizzazione dei beni culturali. L'inscindibile legame con i territori e con le comunità che vi abitano esalta l'intrinseco valore simbolico del patrimonio culturale che concorre, infatti, alla definizione dell'identità collettiva di un popolo perché capace di aggregare e promanare energie patiche. Diventa, in tal senso, testimonianza di civiltà<sup>3</sup> perché in grado di instaurare un rapporto sinallagmatico tra fattore culturale, persona e governo del territorio. L'arte, d'altronde, è una forma di rappresentazione e interpretazione del mondo, una sorta di sperimentazione della dimensione antropologica dell'individuo protesa all'indagine dei significati più nascosti dell'esistenza umana<sup>4</sup>. Definire la fruizione del patrimonio culturale come possibile "esercizio" di democrazia significa, infatti,

<sup>1</sup> Per una ricostruzione in termini gius-filosofici del concetto di persona dalle origini alle nuove sfide della cittadinanza digitale, rimando ad un mio recentissimo lavoro, C. SARGIOTTA, *Human development in the "technological society": the digital citizenship*, in *Orbis ideaurum*, vol. 12, 2024, 1.

<sup>2</sup> Cfr. C. SARGIOTTA, *Il rapporto ermeneutico tra cittadino e risoluzione pubblica. La persona come valore del processo democratico*, in *Iura & Legal Systems*, 2022, 3, 1-8.

<sup>3</sup> Il riferimento è ai lavori della Commissione Franceschini, commissione d'indagine istituita con la legge 26 aprile 1964, n. 310 per la Tutela e la valorizzazione del patrimonio storico, archeologico, artistico e del paesaggio, la quale così testualmente recitava: «Appartengono al patrimonio culturale della Nazione tutti i beni aventi riferimento alla storia della civiltà. Sono assoggettati alla legge i beni di interesse archeologico, storico, artistico, ambientale e paesistico, archivistico e librario, ed ogni altro bene che costituisca testimonianza materiale avente valore di civiltà».

<sup>4</sup> Sull'importanza della dimensione dell'immaginario in ambito artistico, si vedano, per tutti, A. CESARO & G. LOMBARDI, *Sguardi in ascolto. Il simbolo tra parole e immagine*, Modena, 2013, *passim*; A. CESARO, *Lo sguardo di Ulisse. Due esercizi di ermeneutica simbolico-politica*, Napoli, 2010, *passim*.

rovesciare i rapporti di predicazione tra oggetto (patrimonio culturale) e soggetto (persona/fruitori)<sup>5</sup> e investire sulla persona come valore propulsivo del processo di valorizzazione della cultura nel suo complesso. La Convenzione di Faro<sup>6</sup> del Consiglio d'Europa ha già da tempo delineato un impianto normativo di particolare interesse che sembrerebbe muoversi in questa direzione. L'articolo 1 lettera a) della Convenzione stabilisce, infatti, che «il diritto all'eredità culturale è inerente al diritto a partecipare alla vita culturale, così come definito nella Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo». Questo rinvio normativo interno consacra una profonda interconnessione tra valorizzazione del patrimonio culturale e principio personalista nella misura in cui essa viene intimamente legata allo sviluppo personale dell'individuo e collettivo della società. In altri termini, evocare il diritto all'eredità culturale significa attribuire al patrimonio culturale una dimensione antropologica e sociale finalizzata alla «costruzione di una società pacifica e democratica, nei processi di sviluppo sostenibile e nella promozione della diversità culturale» (articolo 1 lettera d).

La fruizione del patrimonio culturale si trasforma, quindi, in un possibile “esercizio” di partecipazione democratica proiettato al progresso materiale e spirituale della società (articolo 4 Costituzione italiana) e assume l'imprescindibile ruolo di collante tra tutela e

<sup>5</sup> Sul piano più strettamente filosofico-politico, cfr. A. CESARO, *Arcana tabula. Il pittore. La dama. Il liocorno*, Capua, 2014. Si tratta di un'espressione mutuata da una riflessione che l'Autore conduce sul rapporto ermeneutico tra soggetto (interpretante) e opera d'arte (oggetto interpretando). L'Autore, in quella sede, si mostra a favore di un approccio pedagogico “attivo” nella fruizione del patrimonio culturale al fine di promuovere una lettura consapevole dell'arte, capace di indagarne i significati anche più nascosti.

<sup>6</sup> Il riferimento è alla Convenzione quadro del Consiglio d'Europa sul valore dell'eredità culturale per la società (*Convention on the value of Cultural Heritage for Society*) siglata nella città portoghese di Faro nel 2005 e sottoscritta dall'Italia nel 2013, il cui obiettivo è “realizzare un'unione più stretta fra i suoi membri, allo scopo di salvaguardare e promuovere quegli ideali e principi, fondati sul rispetto dei diritti dell'uomo, della democrazia e dello stato di diritto, che costituiscono il loro patrimonio comune”. Si ricorda che la Convenzione è stata ratificata dall'Italia solo in tempi recenti con legge del 1° ottobre 2020 n. 133. Per un approfondimento sul tema, si vedano A. GUALDIANI, *Il “valore” del patrimonio culturale e la sua gestione. L'Italia ratifica la Convenzione di Faro: quale incidenza nel diritto del patrimonio culturale italiano?*, in *Aedon*, 2020, 3; P. CARPENTIERI, *La Convenzione di Faro sul valore dell'eredità culturale per la società (da un punto di vista logico)*, in *Federalismi.it*, 2017, 4; M. MONTELLA, *La Convenzione di Faro e la tradizione culturale italiana*, in *La valorizzazione dell'eredità culturale in Italia. Atti del convegno*, in *Il Capitale culturale*, 2016, 15.

valorizzazione in cui il benessere collettivo diviene obiettivo funzionalmente connesso alla promozione della cultura nel suo complesso. La persona, in questo scenario, in qualità di «attore dinamicamente coinvolto»<sup>7</sup>, esplica un’essenziale funzione metodologica capace di orientare politiche di crescita sociale e di effettiva trasformazione territoriale che siano in grado di ridurre lo scarto tra l’esistenza della bellezza e i modi per valorizzarla oltre che per consentire al patrimonio culturale di esplicitare la sua funzione di aggregazione sociale<sup>8</sup>. La valenza ineliminabile della partecipazione nella fruizione dell’opera d’arte assume rilievo proprio perchè rappresenta una declinazione funzionale della tutela più intimamente connessa allo sviluppo della personalità umana così come garantita all’articolo 2 della Costituzione italiana. La nozione di eredità culturale presente nella Convenzione di Faro, proprio per questa sua intrinseca dinamicità e ampiezza, sembrerebbe trascendere, come osservato in dottrina<sup>9</sup>, tanto quella contenuta nel Codice dei beni culturali e del paesaggio (Decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42)<sup>10</sup> quanto quella della Convenzione per la salvaguardia del patrimonio culturale immateriale, adottata a Parigi nel 2003<sup>11</sup> perché riferibile alla cultura *tout*

---

<sup>7</sup> Cfr. A. CESARO, *Arcana tabula. Il pittore. La dama. Il liocorno*, cit. L’Autore approfondisce, con riguardo a questo aspetto, il concetto di pedagogia immaginale, un orientamento di ricerca e di pratiche educative che si situa nel solco dell’ermeneutica simbolica e riconosce la valorizzazione dell’immaginazione creatrice come facoltà conoscitiva e la fiducia profonda nell’integrità di un cosmo in cui un’animazione diffusa determina un reticolo di corrispondenze vitali e simboliche in continuo divenire. Si tratta di simboli e immagini che ogni elemento della vita restituisce alla sensibilità di coloro che hanno saputo riattivare la percezione immaginativa. Per traslazione la condizione immaginale pertiene anche alle forme dell’arte quando essa si rivela opera di restituzione simbolica degli elementi del reale. Si veda, specificamente su questo tema, dello stesso Autore, *In terra di ciechi il monocolo è re*, in *Metabasis.it. Filosofia e comunicazione*, 2009, 7.

<sup>8</sup> Si veda, D. MANACORDA, *Il patrimonio culturale tra politica e società*, in *DigitCult | Scientific Journal on Digital Cultures*, 2018.

<sup>9</sup> Cfr. A. GUALDIANI, *Il “valore” del patrimonio culturale e la sua gestione. L’Italia ratifica la Convenzione di Faro*, cit.

<sup>10</sup> Il riferimento è alla definizione ex art. 2 commi 1-3: «1. Il patrimonio culturale è costituito dai beni culturali e dai beni paesaggistici. 2. Sono beni culturali le cose immobili e mobili che, ai sensi degli articoli 10 e 11, presentano interesse artistico, storico, archeologico, etnoantropologico, archivistico e bibliografico e le altre cose individuate dalla legge o in base alla legge quali testimonianze aventi valore di civiltà. 3. Sono beni paesaggistici gli immobili e le aree indicati all’articolo 134, costituenti espressione dei valori storici, culturali, naturali, morfologici ed estetici del territorio, e gli altri beni individuati dalla legge o in base alla legge».

<sup>11</sup> Stando alla Convenzione di Parigi del 2003, con il termine patrimonio culturale im-

*court*. L'intersezione tra arte, democrazia e partecipazione inaugura il fenomeno della "democratizzazione dell'arte" intesa come strumento inscindibilmente legato al potenziamento della persona umana e alla conservazione del sistema democratico<sup>12</sup>. L'idea di una concezione dell'arte come strumento di palingenesi individuale dovrebbe costituire il presupposto ideologico delle attuali politiche di promozione del patrimonio artistico perché rappresenta un fondamentale presidio di uguaglianza e di sviluppo della personalità individuale. La stessa idea di conservazione dell'eredità culturale viene sganciata, a partire dalla Convezione di Faro, dal valore meramente scientifico del patrimonio culturale e diventa un parametro per misurare la qualità della vita delle persone e lo stato di salute di un sistema democratico. È proprio in questi termini, dunque, che va orientato il dibattito sulle nuove crisi che coinvolgono i territori e le comunità e che impongono l'elaborazione di mezzi giuridici inediti per la costruzione condivisa delle risposte alle istanze di valorizzazione dei beni culturali.

Questa stessa impostazione sembrerebbe accolta anche dalla Carta costituzionale. L'articolo 9, infatti, stabilisce che «La Repubblica promuove lo sviluppo della cultura e la ricerca scientifica e tecnica. Tutela il paesaggio e il patrimonio storico e artistico della Nazione. Tutela l'ambiente, la biodiversità e gli ecosistemi, anche nell'interesse delle future generazioni». La collocazione topografica della norma costituzionale tra i principi fondamentali fa rientrare la promozione della cultura e la tutela del patrimonio storico e artistico della Nazione in quel nucleo duro che costituisce il *quae dat esse rei* del nostro sistema democratico in quanto presupposto ed obiettivo della nostra società. La lettura però è ancora più sottile perché rivela l'intento delle Madri e dei Padri costituenti di annoverare la cultura (intesa in senso ampio) fra gli strumenti di emancipazione dell'individuo e affermazione della sua persona in qualità di cittadino.

La visione unificante presente nell'art. 9 della Costituzione crea anche un ponte tra memoria del passato e proiezione verso il futuro<sup>13</sup>,

---

materiale si intendono «le prassi, le rappresentazioni, le espressioni, le conoscenze e le abilità – come pure gli strumenti, gli oggetti, i manufatti e gli spazi culturali associati agli stessi – che le comunità, i gruppi e in alcuni casi gli individui riconoscono in quanto parte del loro patrimonio culturale».

<sup>12</sup> Si veda, per tutti, A. CESARO, *L'Utile idiota. La cultura nel tempo dell'olocrazia*, Milano-Udine, 2020, *passim*.

<sup>13</sup> Cfr. L. CASINI, *Ereditare il futuro. Dilemmi sul patrimonio culturale*, Bologna, 2016.

una sorta di principio intergenerazionale che rafforza la tesi della funzione civile del patrimonio storico-artistico, espressione dell'identità e dell'eredità culturale del Paese<sup>14</sup>. In tal senso, va accolta una lettura sistematica della Costituzione che può considerare il processo di fruizione, tutela e valorizzazione del patrimonio culturale come corollario degli articoli 2 e 3 perché precipitato attuativo di quel principio personalista che trova nel vincolo di solidarietà sociale la sua massima consacrazione al fine di costruire una società effettivamente equa ed inclusiva. L'articolo 1 comma 2 del Codice dei beni culturali e del paesaggio describe, infatti, le attività di tutela e valorizzazione come strumentali a «preservare la memoria della comunità nazionale e a promuovere lo sviluppo della cultura», un'affermazione di principio che enfatizza il ruolo operativo della fruizione quale «processo di conoscenza, qualificata e compiuta, di un oggetto, di una realtà che diventa parte e patrimonio della cultura singola e collettiva»<sup>15</sup>.

Questa impostazione sembrerebbe potenziare quel vincolo solidaristico che anima la nostra Carta costituzionale, una sorta di suggestivo *esprit des lois*<sup>16</sup> che sposta l'attenzione sul ruolo della cultura come fattore costitutivo del vivere democratico<sup>17</sup> e come fondamentale elemento di aggregazione fra i consociati. La solidarietà, infatti, dovrebbe orientare l'azione dei pubblici poteri perché va considerata, prima che norma giuridica, un valore etico e morale (quasi di matrice gius-razionalistica)<sup>18</sup>, capace di essere, ancora oggi «pietra an-

---

<sup>14</sup> Cfr. M.A. CABIDDU, *Diritto alla bellezza*, in *Rivista AIC*, 2020, 4.

<sup>15</sup> Cfr. P. CARPENTIERI, *Art. 101*, in R. TAMIOZZO (coordinato da), *Il Codice dei beni culturali*, Milano, 2005, 433.

<sup>16</sup> Viene presa in prestito, in questa sede, un'espressione che richiama il titolo della più importante opera di Montesquieu. L'Autore, nello *Spirito delle Leggi*, mediante l'analisi delle diverse forme del diritto civile, dei governi e delle loro relazioni con la natura fisica (il clima) e con la natura umana, si propone di identificare le leggi profonde che regolano il reciproco rapporto fra la politica e lo spirito generale (*esprit général*) di uno Stato.

<sup>17</sup> Su questo tema, si veda, per tutti, A. CESARO, *L'Utile idiota. La cultura nel tempo dell'oclocrazia*, cit.

<sup>18</sup> Il giusrazionalismo o giusnaturalismo moderno è una tradizione giuridico-filosofica, diffusasi a partire dal XVI secolo come fondamento dello Stato moderno. Differentemente dal giusnaturalismo classico – di origine greca – che sosteneva l'esistenza di principi universalmente validi incardinati nella natura (in quanto ordine precostituito gerarchicamente sovraordinato), il giusnaturalismo moderno o giusrazionalismo, ancorava alla capacità razionale dell'uomo il riconoscimento dell'universalità di tali principi.

golare»<sup>19</sup> e «chiave di volta, del nostro ordinamento giuridico»<sup>20</sup>. La tutela, valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale andrebbe inquadrata come oggetto di una obbligazione solidaristica, intesa non come rapporto di diritto privato bensì di diritto pubblico, in cui il benessere della collettività diventa l'oggetto della prestazione che tutti i cittadini sono chiamati ad adempiere in quanto membri del popolo. Questa impostazione sembrerebbe richiamare l'idea di una «cultura intesa in senso orizzontale, ossia comunemente partecipata»<sup>21</sup>. Questa lettura di tipo gius-filosofico ha l'ambizione di delineare non solo i profili giuridici che ad oggi regolano la materia ma anche quello di costruire nuove prospettive teoriche che potrebbero essere recepite come valori bussola dal Legislatore nella sua attività di *policy making*.

## 2. Patrimonio culturale e governo del territorio

A governare l'intervento degli attori coinvolti – istituzioni, cittadini ed enti territoriali – è, prioritariamente, il principio di sussidiarietà nella sua doppia declinazione: verticale e orizzontale. La prima determina che le funzioni amministrative siano attribuite a quegli enti più vicini ai bisogni del territorio (prossimità ai cittadini nel governo del territorio); la seconda, anche definita sussidiarietà sociale, pre-

<sup>19</sup> In tal senso, G. LA PIRA in Assemblea costituente, seduta dell'11 marzo 1947, rinvenibile in AA.VV., *La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea costituente*, Camera dei Deputati, Roma, 1971, volume I, 316.

<sup>20</sup> V. CRISAFULLI, *Lo spirito della Costituzione*, in AA.VV., *Studi per il decennale della Costituzione. Raccolta di scritti sulla Costituzione*, volume I, Milano, 1958, 104.

<sup>21</sup> Su questa forte interrelazione fra fattore sociale, identitario, sviluppo civile ed economico, si rimanda all'interessante intuizione dei cosiddetti “distretti culturali europei”, cioè di realtà socio-economico-territoriali che potrebbero potenzialmente essere riconosciute dall'Unione Europea per la loro rilevanza sul piano culturale. «Laddove è custodito un patrimonio storico-monumentale importante o dove sussiste un esteso patrimonio di grandissimo pregio, l'opera promozionale del distretto deve far sì che tali presenze non rimangano soltanto oggetto di studio per gli specialisti o oggetto della curiosità, spesso distratta e superficiale, del turista di passaggio, ma che diventino anche un complesso idoneo a sti-molare le continuità di appartenenza di una popolazione nonché fonte di attrazione di interessi qualificati. Tutelando e incrementando le eredità locali ed ospitando iniziative di richiamo coerenti con la sua natura ambientale, il distretto salvaguarda un'identità collettiva, mettendone a frutto tutte le potenzialità e nel contempo contribuisce ad integrarle nella vita collettiva, elevandone il tono civile. Il nostro paese, per esempio, è particolarmente ricco di tali disponibilità». G.M. CHIODI, *Progetto di istituzione di distretti culturali europei. Il distretto culturale gomosaico di Gorizia*, Istituto Lombardo (Rend. Lettere) 153, 2019, 189-208.

vede che le istituzioni favoriscano l'autonoma iniziativa dei cittadini per la realizzazione di attività di interesse generale<sup>22</sup>. Tale principio costituisce, pertanto, la sintesi del rapporto di compenetrazione tra istituzioni e comunità perché consente di prospettare nuove modalità di fruizione e valorizzazione dei beni culturali. La portata ambivalente della sussidiarietà individua un nesso di propedeuticità<sup>23</sup> tra le due flessioni – verticale ed orizzontale – tale per cui, dopo aver stabilito il livello istituzionale più adeguato ad avverare l'interesse collettivo (sussidiarietà verticale), è possibile dilatare il bacino di soggetti ai quali affidare tali funzioni (sussidiarietà orizzontale), come avviene nel caso della partecipazione dei privati nei processi di valorizzazione dei beni culturali<sup>24</sup> che sarà successivamente approfondita. La sfida maggiore che impegna il Legislatore è, dunque, l'elaborazione di modelli volti, a seconda delle contingenze, a garantire *standard* qualitativi adeguati allo scopo di tutela e, al contempo, economicamente sostenibili. Prima di addentrarci nell'analisi della struttura giuridica che regola il riparto di competenze fra i diversi livelli di governo, profondamente incisa dalla recentissima approvazione della Riforma sull'Autonomia differenziata, occorre fornire le coordinate per comprendere il significato del *genus* della valorizzazione.

---

<sup>22</sup> Si rimanda, in tal senso, a G. ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*, Relazione al Convegno *Cittadini attivi per una nuova amministrazione*, Roma, 7-8 febbraio 2003, organizzato da *Astrid* e da *Quelli del 118* (Comitato permanente per l'attuazione dell'art.118, u.c., Cost.).

<sup>23</sup> Cfr. G. RAZZANO, *La sussidiarietà orizzontale fra programma e realtà*, in V. BALDINI (a cura di), *Atti del Convegno “Sussidiarietà e diritti?”*, Cassino, 16.12.2005, 1-3.

<sup>24</sup> Per un'introduzione al tema si veda, a titolo esemplificativo, M.C. SPENA, *La gestione indiretta dei servizi culturali di valorizzazione. Percorsi normativi e giurisprudenziali sull'affidamento a terzi*, in *Rivista Giuridica Europea*, 2021, 1. In questi termini, diviene sempre più rilevante la declinazione orizzontale del principio di sussidiarietà che rievoca la titolarità in capo ai cittadini di due vere e proprie posizioni giuridiche soggettive. In primo luogo il “diritto diffuso alla redditività economica” che afferisce al diritto che il patrimonio culturale, pregno di una precisa valenza identitaria, sia gestito nella maniera più adeguata possibile, anche in termini finanziari; in secondo luogo il diritto alla fruizione ai beni culturali che, secondo parte della dottrina assume la veste di vero e proprio diritto soggettivo ed è, pertanto, annoverabile nei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale ex art. 117, comma 2, lett. m) della Costituzione. L'inserimento della componente privata nella realizzazione della dicotomia fruizione-valorizzazione, dunque, favorisce il raggiungimento di questi obiettivi creando condizioni inedite che incalzano l'affrancamento della democrazia partecipativa da quella rigidità nelle sue forme di estrinsecazione che ne ha talvolta compresso la virtualità.

Questa nozione ha un intrinseco carattere polisemico che ben si coglie già nella definizione normativa espressa all'articolo 6 del Codice urbani, nel capo dedicato alle Disposizioni generali. È interessante notare come, nella descrizione della funzione di valorizzazione, il Legislatore la scomponga in un'endiadi. Essa consiste, infatti, in due attività distinte – l'esercizio delle funzioni e la disciplina – che hanno in comune il medesimo oggetto: le attività finalizzate a «promuovere la conoscenza del patrimonio culturale e ad assicurare le migliori condizioni di utilizzazione e fruizione pubblica del patrimonio stesso, al fine di promuovere lo sviluppo della cultura». La valorizzazione, nella sua doppia accezione, diviene sinonimo di accrescimento del valore del bene nella duplice prospettiva economica e sociale. Tale affermazione postula la necessaria connessione tra gestione e fruizione del patrimonio culturale e consente di annoverare la valorizzazione tra i livelli essenziali delle prestazioni di cui all'art. 117, comma 2, lettera m) della Carta fondamentale<sup>25</sup>. In effetti, nelle intenzioni del Legislatore, l'elaborazione di una nozione così ampia, secondo alcuni pleonastica<sup>26</sup>, intendeva «sottolineare che la valorizzazione costituisce una funzione pubblica di rilievo costituzionale, attesa la sua finalizzazione allo sviluppo della cultura»<sup>27</sup>. In tal senso, in dottrina si osserva che il discrimine tra tutela e valorizzazione sia ravvisabile proprio nella logica che ispira le relative funzioni. La tutela sottende un approccio di tipo «difensivo-conservativo» del bene; la valorizzazione, dimensione intrinsecamente dinamica, pur condividendo con la tutela la finalità ultima della fruizione, ambisce, invece, alla ricerca di tecniche volte ad accrescere e migliorare le possibilità di godimento del bene<sup>28</sup>. Tenuto conto dell'analisi svolta sul piano terminologico, è necessario ricostruire, in termini filosofico-giuridici, il riparto di competenze tra Stato e Regioni con particolare riguardo alle sfide poste dalla recente approvazione della Riforma sull'Autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario.

Il Legislatore, con la Riforma costituzionale del Titolo V del 2001,

<sup>25</sup> Si veda, G. MARI, *Concessione di valorizzazione e finanza di progetto: il difficile equilibrio tra conservazione, valorizzazione culturale e valorizzazione economica*, in *Aedon*, 2019, 2.

<sup>26</sup> Cfr. A. TARASCO, *L'esternalizzazione delle funzioni dei beni culturali: profili problematici di diritto dell'economia*, in *Amministrazione in cammino*, 2010.

<sup>27</sup> Così si legge nella relazione illustrativa integrativa del decreto legislativo n. 156/2006 predisposta dal Ministero della Cultura.

<sup>28</sup> Cfr. D. VAIANO, *La valorizzazione dei beni culturali*, Torino, 2011, 56.

aveva cristallizzato la distinzione tra tutela e valorizzazione nella definizione dei diversi livelli di competenza, attribuendo allo Stato la potestà esclusiva in materia di tutela dei beni culturali (articolo 117, comma 2, lettera s, Costituzione) e inserendo, fra le materie di legislazione concorrente, la valorizzazione dei beni culturali e la promozione e organizzazione delle attività culturali (articolo 117, comma 3, Costituzione). L’assetto consentiva di aprire a forme di negoziazione tra lo Stato e le Regioni ma non esponeva il rischio di “personalizzare” le deleghe in materia di tutela dei beni culturali, scenario che potrebbe intravedersi all’alba della recente approvazione della Riforma Calderoli. È stata pubblicata, alla fine di giugno, la legge 26 giugno 2024, n. 86 recante le disposizioni per l’attuazione dell’autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario. La Riforma ha l’ambizione di dare attuazione al terzo comma dell’articolo 116 della Costituzione che delinea le coordinate procedurali per l’accesso, delle Regioni a statuto ordinario, a ulteriori forme di autonomia su materie di legislazione concorrente e/o rientranti nel novero delle materie di competenza esclusiva dello Stato, fra queste si annoverano anche la tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali. Si tratta di un iter che tuttavia si scontra con una serie di criticità. In primo luogo, vi è un problema di sintesi *ex ante* perché la stipula dell’intesa sull’autonomia prevede una fase concertativa estremamente complessa per l’eterogeneità degli attori istituzionali coinvolti: Governo, Ministeri competenti, Conferenza Stato-Regione e Parlamento che deve poi approvare, a maggioranza assoluta, l’atto finale. La difficoltà del dialogo dipende anche da questioni di tipo sistemico. La crisi del Parlamentarismo ha reso sempre meno agevole il raggiungimento della sintesi politica in Assemblea con la conseguenza che le sedi della decisione politica si sono spostate in capo all’Esecutivo, provocando una evidente distorsione della dialettica tra maggioranza ed opposizione<sup>29</sup>. Altra questione è che la Riforma postula una straordinaria gestione economico-finanziaria da parte delle Regioni perché i finanziamenti dipenderanno dalla

---

<sup>29</sup> Per una panoramica sul tema, si vedano, D. BRUNO, *La forma di governo alla prova delle emergenze. Itinerari di ricerca a partire dalla vicenda pandemica e bellica*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2024, 2; U. RONGA, *Parlamento, rappresentanza politica, forma di governo. La lezione di Errico Presutti nell’Università di Napoli*, in *Nomos. Le attualità nel diritto*, 2022, 1; S. STAIANO, *A partire dal fondamento. Sulla forma di governo parlamentare italiana e sui suoi detrattori*, in *federalismi.it*, 2021, 29; S. STAIANO, G. FERRAIUOLO, A. VUOLO (a cura di), *Partiti politici e dinamiche della forma di governo*, Napoli, 2020.

compartecipazione al gettito di uno o più tributi erariali da parte dei singoli territori. Questo significa favorire le Regioni a maggiore capacità fiscale e legittimare la crescita di alcuni bilanci regionali, a discapito del bilancio centrale che vedrebbe sempre meno risorse per il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni, peraltro in assenza di previsione di un fondo perequativo.

Sarà certamente necessario potenziare le forme di controllo e monitoraggio dell'impatto che le intese potrebbero avere sul piano economico. La Riforma, in realtà, prevede – a tal fine – l'istituzione di una Commissione paritetica Stato-Regioni-Autonomie locali che contribuirà alla gestione delle risorse economiche e il potenziamento del ruolo della Corte dei conti che dovrà riferire annualmente al Parlamento i risultati della sua attività di sorveglianza e vigilanza in materia finanziaria. Al netto degli strumenti di monitoraggio, che appaiono essenziali in questa fase della procedura, il rischio è sul piano delle garanzie da parte dello Stato centrale e di eccessiva regionalizzazione di materie strategiche sul piano nazionale. La tutela e la valorizzazione del patrimonio culturale rappresenta, come si è cercato di introdurre, un presidio della democraticità del sistema, di conservazione della forma di stato repubblicana, impostazione confermata dalla collocazione dell'articolo 9 nel nucleo duro della Costituzione. In tal senso, l'eccesso di regionalizzazione e di personalizzazione delle deleghe in settori costitutivi della nostra democrazia rischierebbe di creare un *vulnus* di sistema. Il problema non è nell'anima della Riforma né il tentativo di responsabilizzazione delle Regioni con l'attribuzione di maggiori spazi di autonomia ma è bilanciare questa esigenza con quelle di tutela dell'interesse generale affinché non si assista ad una frammentazione dei fattori costitutivi della nostra democrazia sulla base di una legittima previsione di legge.

### **3. La partecipazione dei privati nei processi decisionali di valorizzazione e fruizione dei beni culturali**

In questo quadro così complesso sul piano delle competenze tra Stato e Regioni, la partecipazione attiva del privato nella valorizzazione dei beni culturali, come si è già sostenuto, rappresenta sempre di più un elemento essenziale per l'accrescimento qualitativo degli *standard* nella gestione del patrimonio culturale. La dimensione partecipativa conosce, in questa seconda fase di indagine, una nuo-

va declinazione che vede l'individuo come componente essenziale nella pianificazione e nella realizzazione delle strategie di gestione. Occorre, *in primis*, chiarire che l'esternalizzazione o *outsourcing* è una nozione concettualmente ampia, idonea ad inglobare ipotesi tra loro eterogenee: lo svolgimento da parte di terzi di funzioni inerenti alla gestione del bene, di servizi aggiuntivi ovvero di attività meramente strumentali ad essa. Queste considerazioni trovano riscontro nell'assetto normativo attualmente in vigore e, segnatamente, nel D.lgs. n. 42/2004 (Codice dei beni culturali e del paesaggio). Di enorme valenza programmatica è, a tal proposito, il combinato disposto tra gli articoli 6 e 111 del Codice. Si prevede, da un lato, che la Repubblica favorisce e sostiene la partecipazione dei soggetti privati, singoli o associati alla valorizzazione del patrimonio culturale e, dall'altro, che le attività di valorizzazione possono essere realizzate anche ad iniziativa privata perché riconosciute dalla legge come attività socialmente utili nonché orientate alla finalità di solidarietà sociale. L'impianto codicistico esalta, quindi, la logica collaborativa pubblico-privata, come se nel codice il Legislatore abbia inteso codificare in principio consensuale che privilegia la negoziazione come metodo di definizione delle strategie di valorizzazione<sup>30</sup>. È interessante verificare come l'apertura alla partecipazione dei privati che programmaticamente permea il Codice dei beni culturali trovi effettività nella struttura dell'attuale legislazione.

Come analizzato nel paragrafo precedente, la valorizzazione si declina – di base – nell'esercizio di due ordini di attività: programmazione e gestione in senso stretto. In relazione alla programmazione, in particolare, l'art. 112 del Codice<sup>31</sup> ammette la possibilità per lo Stato e gli enti locali di stipulare accordi<sup>32</sup> finalizzati alla definizione

---

<sup>30</sup> S. PIEMONTE, *Art. 40*, in A. ANGIULI, V. CAPUTI IAMBRENGHI (a cura di), *Commentario al Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Torino, 2005, 139.

<sup>31</sup> Si vedano, sul tema, M. CAMMELLI, *Cooperazione*, in AA.VV., *Diritto del patrimonio culturale*, Bologna 2020, 303 ss.; G. SEVERINI, *Art. 112*, in M.A. SANDULLI, *Codice dei beni culturali e del paesaggio*, Milano 2019, 10221 ss.; S. GARDINI, *La valorizzazione integrata dei beni culturali*, in *Rivista trimestrale diritto pubblico*, 2016, 2, 406 ss.

<sup>32</sup> Prima dell'entrata in vigore del Codice Urbani, le pubbliche amministrazioni avevano già sperimentato la strategia della contrattazione ricorrendo all'applicazione analogica dell'art. 15 della l.241/1990 che disciplina gli accordi tra pubbliche amministrazioni e gli strumenti di programmazione negoziata, intesa istituzionale di programma, accordo di programma quadro, il patto territoriale disciplinati dall'art. 2 della l. 23 dicembre 1996, n. 662. Rimanendo nello studio dell'impianto codicistico, è il comma 4 dell'art. 102 ad introdurre la previsione degli accordi di valorizzazione al fine di «coordinare,

di strategie ed obiettivi comuni e per elaborare i conseguenti piani di sviluppo culturale con riguardo sia ai beni di pertinenza pubblica che a quelli di proprietà privata. Si tratta di una collaborazione multilivello in cui la parte pubblica può servirsi, per la conclusione di questi contratti, di soggetti giuridici appositamente costituiti ai quali possono partecipare sia i privati proprietari dei beni che le persone giuridiche private senza fine di lucro anche nel caso in cui non dispongano di tali beni. L'unica condizione, in quest'ultima ipotesi, è l'esistenza di una previsione legale o statutaria che esplicitamente consenta l'intervento in questo settore. Va configurandosi uno strumento connotato da una flessibilità intrinseca, «un *modus operandi* che rispecchia la visione più attuale della Pubblica Amministrazione, che opera per via negoziale piuttosto che autoritativa, in una cornice giuridica che mette a disposizione vari strumenti decisionali inclusivi, funzionali a processi decisionali partecipati»<sup>33</sup> e ispirati ad una ampia logica concertativa. È un modello di collaborazione interistituzionale che, sotto il profilo ideologico, sembrerebbe espressione di quel processo di emancipazione dalla visione monopolistica della valorizzazione di beni culturali<sup>34</sup> proprio in quanto delinea la possibilità tra i diversi livelli di governo di definire modalità di gestione del patrimonio culturale secondo una normazione pattizia, estendendo finanche al privato la possibilità di assumere un ruolo strategico nella fase di pianificazione non relegandolo esclusivamente a quella di esecuzione. Posta la competenza statale – nella specie al Ministero dei Beni e delle Attività culturali, alle Regioni e agli enti pubblici territoriali – la legge traccia, pertanto, degli spazi di intervento privato nella fase progettuale che si estrinsecano nell'apertura alla concertazione pubblico-privata. Cambia il ruolo della macchina statale la cui azione si manifesta in forma eterolitica<sup>35</sup>, con

---

armonizzare ed integrare la fruizione relativamente agli istituti ed ai luoghi della cultura di appartenenza pubblica».

<sup>33</sup> Si veda, M.S. CARDULLI, *Gli accordi di valorizzazione. Profili di uno strumento strategico per lo sviluppo culturale territoriale*, in M.S. CARDULLI & V. DI GIUSEPPE DI PAOLO (a cura di), *Accordi di valorizzazione come strumento di condivisione per la progettazione culturale*, Edizione digitale, Direzione generale Musei, 2023, 24, disponibile in Open Access al link [http://musei.beniculturali.it/wp-content/uploads/2023/07/Accordi-di-valorizzazione\\_ebook.pdf](http://musei.beniculturali.it/wp-content/uploads/2023/07/Accordi-di-valorizzazione_ebook.pdf).

<sup>34</sup> Cfr. P. CARPENTIERI, *Commento all'art. 112*, cit.

<sup>35</sup> Si veda, sul punto, M.C. SPENA, *La complessa relazione tra valorizzazione dei beni culturali e forme di intervento privato: contratto di sponsorizzazione e digitalizzazione*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2022, 2.

effetti non sempre «predeterminati da una norma ma di volta in volta riconducibili al differente atteggiarsi dei rapporti tra soggetti interessati»<sup>36</sup>. La creazione delle condizioni giuridiche finalizzate alla negoziazione tra enti pubblici e privati fa emergere il *favor* legislativo all’approccio dialogico che si innesta in una logica di vistosa apertura al partenariato.

La rivitalizzazione degli strumenti di pianificazione concordata, prevista dal codice Urbani, rappresenta un’esigenza improrogabile in grado di coniugare le istanze eterogenee dei diversi livelli di governo e della collettività. Il coinvolgimento dei privati nei processi di valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale si realizza, quindi, attraverso un particolare tipo di accordo di valorizzazione – pubblico-privato – nel quale essi concorrono: alla fase strategica qualora siano titolari di beni culturali esponenti di infrastrutture o settore produttivi investiti nel processo di valorizzazione; alla fase programmatica attraverso forme di collaborazione sia funzionale che strutturale<sup>37</sup>. La forma più utilizzata per la realizzazione della negoziazione è, infatti, il cosiddetto partenariato istituzionalizzato che si attua attraverso la creazione di un soggetto giuridico caratterizzato dalla partecipazione di partner sia pubblici che privati. La cooperazione si instaura, quindi, attraverso l’istituzione di un’entità distinta avente l’obiettivo di fornire un’opera o un servizio. In questo tratto, è bene ricordarlo, si ravvisa la principale differenza con le forme di cooperazione meramente contrattuale (cd. partenariato contrattuale) che poggiano, invece, su mere relazioni negoziali tra soggetti pubblici e privati<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> F. MANGANARO, *Il diritto amministrativo speciale dell’amministrazione concertata*, in AA.VV., *Raccolta di studi di diritto amministrativo*, Soveria Mannelli, 2005.

<sup>37</sup> Si veda, G. SCIULLO, *Gli accordi di valorizzazione e le prospettive di coinvolgimento dei privati*, in M.S. CARDULLI & V. DI GIUSEPPE DI PAOLO (a cura di), *Accordi di valorizzazione come strumento di condivisione per la progettazione culturale*, cit., 30 ss.

<sup>38</sup> Tralasciando volutamente da parte le ipotesi di sponsorizzazione e mecenatismo in materia culturale, è possibile rinvenire forme atipiche di partenariato pubblico-privato in altre fonti normative del nostro ordinamento giuridico che saranno oggetto di successive ricerche. Si pensi, in tal senso, al partenariato speciale che è stato introdotto dal vecchio Codice degli appalti con l’obiettivo di incentivare «la promozione e l’applicazione di forme ibride di partenariato non facilmente inquadrabili in uno specifico schema giuridico, ma agevoli e che possono favorire la gestione di istituti e luoghi della cultura poco valorizzati». L’istituto è attualmente disciplinato dall’articolo 134 comma 2 del d.lgs. n. 36 del 2023 (Nuovo Codice dei contratti pubblici). Altre forme di partenariato atipico sono disciplinate dall’articolo 71 comma 3, del Codice del Terzo settore: «la norma prevede che i beni culturali immobili di proprietà dello Stato, delle Regioni,

Il contenuto piuttosto eterogeneo della negoziazione può trovare forma in cinque diverse ipotesi contrattuali: l'intesa istituzionale di programma, l'accordo di programma quadro, il patto territoriale, il contratto d'area ed il contratto di programma. In questo scenario, assume un ruolo fondamentale l'accordo di programma, disciplinato dalla legge 23 dicembre 1996 n. 662, che rappresenta uno strumento essenziale nella fase concertativa, di definizione e realizzazione degli obiettivi comuni. È stato sperimentato – per la prima volta e in maniera strutturata – negli anni Novanta prima che venissero istituzionalizzati nel Codice dei beni culturali. Le amministrazioni, infatti, consapevoli del valore della dialettica concertativa nella gestione dei beni culturali, misero a punto tecniche di elaborazione di strategie nel settore culturale attraverso l'implementazione di strumenti patrizi. Dall'analisi dei contenuti degli accordi stipulati tra la fine degli anni Novanta e primi anni del Duemila è emersa, tuttavia, un'attenzione particolare alla dimensione statica della tutela piuttosto che a quella dinamica e promozionale della valorizzazione. Questi patti, infatti, sembrerebbero aver espletato più una funzione di allocazione di risorse economiche a beneficio di progetti di riqualificazione piuttosto che rappresentare occasioni per la pianificazione di strategie di sviluppo, tratto che dovrebbe connotare la natura tipologica dell'istituto. La collaborazione tra Stato ed enti locali e tra istituzioni e privati, nonostante le premesse fossero buone, non è riuscita – nei primi anni – a svilupparsi in termini del tutto soddisfacenti sotto il profilo dei contenuti e della relativa funzione. Questo è avvenuto, per certi versi, a causa di una certa resistenza amministrativa dinanzi al rischio di eccessiva de-pubblicizzazione<sup>39</sup> del processo di valorizzazione del patrimonio culturale.

L'analisi dell'evoluzione degli accordi di valorizzazione sembrerebbe, però, mostrare un cambio di rotta. Da un lato, le forme di coope-

---

degli enti locali e degli altri enti pubblici per i quali non è corrisposto alcun canone e che necessitano di interventi di restauro, possano essere affidati in concessione a enti del Terzo settore che svolgono attività di interesse generale con finalità culturale». Su questi temi, si veda la recentissima pubblicazione di S. ANTONIAZZI, *Beni culturali e partenariato pubblico-privato atipico nel Codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, 2024, 8.

<sup>39</sup> Sul punto, M.C. SPENA, *La complessa relazione tra valorizzazione dei beni culturali...*, cit., 40. L'Autrice sottolinea come «l'inadeguato bilanciamento degli interessi in gioco rischierebbe di degradare il bene culturale a mero "generatore di introiti", svilendone il valore esistenziale. La ponderazione di suddette finalità – operazione tendenzialmente non agevole – costituisce, quindi, il sostrato metodologico delle politiche decisionali in materia».

razione del nuovo millennio realizzano un maggiore coinvolgimento degli enti territoriali in maniera aderente all'intento di rigenerazione delle comunità locali. Questo obiettivo si muove in sinergia con un incremento del ruolo dei Comuni e dei privati nell'essenziale fase della progettazione. Da una diversa prospettiva, l'analisi contenutistica del fenomeno concertativo disvela una rinnovata attitudine degli accordi a costituire uno strumento per un'elaborazione razionale e strutturata di progetti di rilancio di aree dall'inestimabile valore storico e caratterizzate da un'elevata concentrazione di musei e aree archeologiche. L'analisi comparata degli obiettivi, infatti, proietta la fase di progettazione in una dimensione proattiva e promozionale improntata al canone della sostenibilità e orientata alla costruzione organica di un'offerta culturale e turistica integrata.

#### **4. Conclusioni minime**

La presente ricerca intende dimostrare quanto la cultura costituisca un imprescindibile presupposto per la tenuta dello Stato di diritto e dei sistemi democratici contemporanei al punto tale da configurarsi come prerequisito dommatico della cittadinanza. Essa, infatti, rappresenta una declinazione funzionale della tutela più intimamente connessa allo sviluppo della personalità umana, un veicolo di valori che incidono profondamente sulla definizione della dimensione antropologica e sociale dell'individuo. Questo approccio rende le dinamiche della partecipazione soggettiva all'arte il settore d'elezione per l'elaborazione di efficaci strategie di fruizione e consente anche di esaltare la dimensione dinamica, e non meramente conservativa, del processo di valorizzazione che considera il destinatario il fine ultimo della fruizione artistico-culturale. La persona si qualifica, in tal senso, alla stregua di un valore metagiuridico che deve preesistere all'attività di normazione ed essersene la bussola in termini di strategia politica e codificazione legislativa. Si è scelto, quindi, di analizzare la difficoltà di incorporare questa visione nel complesso sistema multilivello delle competenze, con particolare riguardo alle criticità emerse dall'approvazione della Riforma sull'autonomia differenziata che se da un lato può essere uno stimolo alla responsabilizzazione delle Regioni e delle realtà locali, dall'altro, deve fare i conti con le difficoltà di tipo tecnico, organizzativo e finanziario.

È proprio in questo scenario di peculiare complessità che è emersa l'interessante e sempre più diffusa fattispecie della partecipazione

dei privati ai processi di valorizzazione del patrimonio culturale. Uno sguardo sinottico ai rispettivi *corpora* contrattuali fa emergere l'impegno di una tecnica di pianificazione che razionalmente collega mezzi ed obiettivi e che costituisce il pilastro di un generale obiettivo di sviluppo sociale ed economico. Spicca proprio in questa marcata attenzione verso il partenariato pubblico-privato che si erge a fattore essenziale per l'esaltazione delle risorse identitarie del territorio attraverso il coinvolgimento attivo degli attori locali promosso non solo nella fase attuativa ma anche – e soprattutto – nella fase di progettazione. Si è registrato, soprattutto in tempi recenti, l'aumento significativo di accordi che vedono come parti contrattuali soggetti privati. Questo dato costituisce un elemento sintomatico dell'imprescindibilità del contributo privato che non rimane relegato al piano degli intenti e della legislazione ma acquisisce una concretezza che ne determina il passaggio dalla dimensione potenziale della legislazione – che ne aveva già disciplinato le condizioni giuridiche – a quella attuale della prassi concertativa a cui si sta assistendo. L'accentuazione del ruolo degli enti locali, poi, ha condotto ad un miglioramento qualitativo del sistema di gestione anche rispetto a quella realizzata a livello centrale. Dal confronto tra i due sistemi di gestione, infatti, si evince come gli enti locali abbiamo sviluppato, in parallelo, un sistema di esternalizzazione ancor più articolato ed esteso.

Per concludere, trasformare il processo di tutela, valorizzazione e fruizione del patrimonio culturale in un possibile "esercizio" di democrazia significa investire sulla persona in quanto fulcro ideologico dell'ordinamento ma anche confrontarsi con gli strumenti giuridici che avvicinano l'istanza di partecipazione alla materia culturale, sempre nel solco di un ragionevole bilanciamento tra sfera pubblica e sfera privata che preservi l'ideale della cultura come fattore sostantivo e costitutivo dei sistemi democratici.

# Riparto di giurisdizione per mancata assunzione dell'obbligo vaccinale

DOTT.SSA FEDERICA D'AMBROSIO

(Dottoressa in Giurisprudenza, Università degli Studi di Napoli Federico II)

## Abstract

Il presente elaborato è sviluppato su un settore portante della giurisprudenza: la giustizia amministrativa e, in particolare, di come viene gestita l'emergenza in questa determinata branca. Gli aspetti che si sviluppano sono imperniati su una costante: superare la crisi nel miglior modo possibile. È necessario specificare, innanzitutto, che ogni qualvolta che entra in gioco una situazione avversa si verifica una "schizofrenia" nel nostro ordinamento. Ma sicuramente la più grande considerazione dell'elaborato va al riparto di giurisdizione, in quanto ha incontrato pronunce contrastanti poiché la questione involve molti aspetti che per certi versi comportavano la giurisdizione del giudice amministrativo e per altri la giurisdizione del giudice ordinario.

*This thesis is developed on a key sector of jurisprudence: administrative justice and, in particular, how emergencies are managed in this specific branch. The aspects that develop are based on one constant: overcoming the crisis in the best possible way. It is necessary to specify, first of all, that every time an adverse situation comes into play, "schizophrenia" occurs in our system. But certainly the greatest consideration of the paper goes to the division of jurisdiction, as it encountered conflicting rulings since the issue involves many aspects which in some ways involved the jurisdiction of the administrative judge and in others the jurisdiction of the ordinary judge.*



**Sommario:** 1. L'emergenza: nozioni e pronunce giurisprudenziali 2. Il processo amministrativo durante l'emergenza COVID 19 3. L'obbligo vaccinale per i professionisti sanitari 4. Riparto di giurisdizione

## 1. L'emergenza: nozioni e pronunce giurisprudenziali

L'emergenza è, come noto, una determinata situazione dotata di forte criticità, sia sul fronte sociale che giuridico; ciò si evince dal medesimo significato etimologico da cui deriva la parola: “emergere, venire fuori”. In altri termini, l'emergenza è una circostanza, come una calamità naturale o ancora un'emergenza sanitaria improvvisa ed imprevedibile. Ultimamente si sono sviluppate una serie di tendenze che hanno abbattuto le fondamenta del nostro ordinamento giuridico. Questa crisi delle certezze<sup>1</sup> è sopraggiunta con l'insediamento di una serie di interventi tecnologici e sociali (internet e social media) che hanno modificato la nostra società, incrementando le insicurezze. La risposta a questa nuova “società” è il diramare di leggi nazionali e sovranazionali, al fine di rimanere al passo con i tempi e con la scelta di prevenire possibili rischi causati da situazioni emergenziali.<sup>2</sup> Bisogna, innanzitutto, distinguere il rischio dall'emergenza: il rischio è connotato dal carattere della previsione, la legge anticipatamente può fronteggiare la situazione di rischio; diversamente la situazione emergenziale è una circostanza sconosciuta che non permette un intervento ad *hoc* e quindi necessita di nuove misure<sup>3</sup>. Osservando la Costituzione un esempio è lo stato di guerra<sup>4</sup>, mentre nel sistema penale vi è la legittima difesa, che per la sua attuazione richiede necessariamente che la situazione di pericolo non sia volontariamente causata dagli agenti; quindi,

<sup>1</sup> Z. BAUMAN, *La società dell'incertezza*, Bologna, 2014, 40.

<sup>2</sup> A. EGIDDENS A, *Le conseguenze della modernità*, Bologna, 1994, 80.

<sup>3</sup> Per un'analisi puntuale sulle condizioni dei singoli Paesi che non sono più in grado di preparare da soli i mezzi di difesa validi ed efficaci, cfr. U. BECK, *La società del rischio, verso una seconda modernità*, Roma, 2013, 66.

<sup>4</sup> L'art. 78 Cost. configura problemi di interpretazione, originariamente si tentava di dar vita ad un sistema di guerra osservando principalmente la decisione di organi costituzionali. Si riscontrano, innanzitutto, casi di decisione del governo in assenza di qualsivoglia riscontro da parte del Parlamento, si tratta di missioni di pace decise nell'ambito dell'ONU: il caso dell'Operazione Locusta (poi *Desert Storm*) per il recupero dello *status quo ante* l'invasione irachena. In questo caso non è stata applicata la disciplina dell'art. 78 Cost. e quindi risulta difficilmente configurabile un *modus operandi*. Il problema di questo caso, in particolare, riguarda la mancanza di informazione tra Governo e Parlamento nelle scelte ma anche della scelta di non adottare una normativa uniforme nel sistema emergenziale.

non è possibile parlare di una prevedibilità dell'evento. Il governo si è prefissato degli obiettivi strategici, al fine di attuare delle cogenti disposizioni, volte a garantire che le future situazioni imprevedibili siano affrontate con una normativa emergenziale compatibile ed in linea con i principi dell'ordinamento comunitario. Sostanzialmente, il governo ha ritenuto necessario attuare un piano armonico, in grado di rendere parallele le esigenze statali e comunitarie.

una volta sopraggiunta una situazione emergenziale. La scelta è ricaduta su procedure acceleratorie che sono state di volta in volta perfezionate e corrette con il sopraggiungere di nuove emergenze. Il governo ha cercato di salvaguardare il sistema, evitando di ricadere in errori già compiuti e garantendo una possibile stabilità di istituti creati *ad hoc*. Più precisamente, la normativa emergenziale, per poter agire, richiede cinque fasi: una situazione che crea l'emergenza, una ponderazione degli interessi, la scelta degli strumenti straordinari da adoperare, la dichiarazione dello stato di emergenza e infine la sua attuazione. Alla luce delle suesposte argomentazioni, non resta che analizzare le possibili modalità per emanare un'ordinanza: innanzitutto dovranno essere selezionate analiticamente le procedure per l'attuazione, successivamente dovrà essere individuata la tipologia di urgenza intesa sempre come una situazione di doverosità ed indifferibilità che minaccia gli interessi pubblici, nonché l'impossibilità di agire in altro modo per la situazione di pericolo inevitabile. Un provvedimento d'emergenza richiede una serie di caratteri cogenti che devono essere rispettati: straordinarietà, imprevedibilità e temporaneità; in altre parole, la situazione di pericolo non può essere volontariamente causata e deve essere dotata del carattere di temporaneità, ossia di una durata di tempo limitato, non potendo in alcun modo convertirsi in una disciplina ordinaria. Alla luce della piattaforma normativa illustrata, non rimane che analizzare la fase esecutiva dell'ordinanza. Essa è temperata da obbligatorietà in quanto l'organo incaricato, una volta dichiarato lo stato d'emergenza, deve agire dando esecuzione secondo quanto previsto dalla normativa emergenziale.<sup>5</sup> È doveroso specificare che devono essere rispettati anche taluni principi espressamente richiesti, tanto nella Carta costituzionale, tanto dall'ordinamento comunitario. I principi generali in analisi sono: la ragionevolezza e la proporzionalità<sup>6</sup>. Per rendere ri-

<sup>5</sup> Una interessante rilettura del concetto dell'emergenza in R. CERULLI, *I limiti e le garanzie che assicurano la legittimità dell'esercizio del potere di ordinanza*, in *Tusciafisco*, 2016, 3, 5.

<sup>6</sup> L'art. 5 TUE, oltre a prevedere il principio di sussidiarietà, enuncia anche un altro

spettosi i provvedimenti di tali principi, si richiede una motivazione che ripercorra i presupposti di fatto e di diritto (che hanno portato all'adozione delle misure emergenziali) ed infine la pubblicazione. L'esperienza italiana ha dimostrato in ogni caso un pieno rispetto di quelli che sono i principi che regolano il diritto amministrativo. La *ratio* di questa scelta è, senza dubbio, quella di limitare talune normative improvvise che potrebbero intervenire in assenza di qualsivoglia disciplina. Allo stesso tempo la disciplina ordinaria non è stata creata con lo scopo di fronteggiare eventi del tutto eccezionali; quindi, l'alternativa è la scelta derogatoria che permette un'attività tempestiva, essendo creata per fronteggiare quella determinata situazione. In considerazione di siffatte argomentazioni, sono due le circostanze che garantiscono l'attuazione di una situazione emergenziale: in primo luogo la rottura dell'ordinamento costituzionale, dove vengono meno le garanzie previste nel nostro ordinamento e la certezza degli istituti; in secondo luogo, trovano attuazione poteri straordinari che potrebbero provocare la sospensione di taluni diritti per fronteggiare l'emergenza. La giurisprudenza della Corte costituzionale è intervenuta sull'argomento, con l'intento di fare chiarezza e apporre non solo una possibile delucidazione, ma anche mirare a ricavare una struttura compatta nell'attuazione del potere straordinario. La Consulta, tuttavia, si era già pronunciata nel 1956, per cercare di cristallizzare e mettere in risalto una questione che si presenta molto delicata, sia per i profili normativi che caratterizzano la procedura d'emergenza, sia per le modalità dei poteri straordinari. Innanzitutto, la giurisprudenza ha chiarito che le ordinanze di necessità e di urgenza sono atti amministrativi, sono adottati dal prefetto, con modalità di tempo limitate e circoscritte nell'ambito territoriale dell'ufficio stesso. Successivamente, nel 1961 la Consulta è intervenuta nuovamente sulla questione, disponendo l'illegittimità costituzionale, ogni qualvolta, talune ordinanze di necessità dei pre-

---

principio portante per l'ordinamento comunitario: il principio di proporzionalità. A tal proposito, vale la pena soffermare l'attenzione su una pronuncia del TAR Calabria (n. 841/2020), relativamente alla disciplina emergenziale per fronteggiare emergenza epidemiologica da COVID-19. In siffatta sentenza, il TAR si era pronunciato negativamente, circa la decisione del Presidente della Regione di autorizzare la ripresa dell'attività di ristorazione sul territorio Calabrese. Il TAR ravvisava un'incauta riapertura, violativa del principio di proporzionalità e precauzione. Alla luce di tali principi, secondo i giudici amministrativi *“deve guidare l'operato dei poteri pubblici in un contesto di emergenza sanitaria quale quello in atto, dovuta alla circolazione di un virus, sul cui comportamento non esistono certezze nella stessa comunità scientifica”*.

fetti non rispettassero quelli che sono i principi generali e fondanti dell'ordinamento giuridico<sup>7</sup>. I poteri straordinari non hanno, quindi, alcuna modalità di intervento quando vi è una riserva assoluta di legge, viceversa vi sono taluni spazi e margini di discrezionalità in presenza di riserve di legge relative. Le ordinanze di necessità e di urgenza non essendo qualificate come atti politici sono assoggettate al controllo giurisdizionale<sup>8</sup>.

Tali ordinanze possono incidere sulla sfera dei privati in modo rilevante e perciò è necessario assumere un controllo, per evitare che si produca un qualsiasi pregiudizio<sup>9</sup>. La Corte si è pronunciata nuovamente nel 1987<sup>10</sup>, osservando che in realtà nel nostro ordinamento giuridico non sono presenti delle norme o addirittura delle clausole che lascino la possibilità di intendere una possibile deroga alla normativa ordinaria. Piuttosto residuano dei casi in cui è possibile dar vita ad una normativa straordinaria e devono inoltre essere motivate le scelte, l'organo e le modalità per evitare di dar vita ad un arbitrio di discrezionalità. La giurisprudenza successiva è intervenuta in presenza della nuova legge istitutiva del Servizio Nazionale di Protezione Civile, ma qui si sono riproposte le problematiche che erano già intervenute precedentemente, come si mostra dalla sen-

<sup>7</sup> Un'ordinanza del 12 giugno del 1959 del Pretore di Livorno si è emessa nel procedimento penale a carico di Lucarelli Guglielmo e Comelato Renzo, in quanto *“imputati di contravvenzione all'art. 650 del Codice penale, per aver distribuito giornali a domicilio a scopo di propaganda politica, in violazione del divieto fatto da quel prefetto con ordinanza emessa in base all'art. 2 del T.U. delle leggi di pubblica sicurezza”* Corte cost., 15 luglio 1959, n. 46, in *Giur. Cost.*, 1959, 724.

<sup>8</sup> Secondo la quale *“Durante un procedimento penale per abuso innominato ex art 323 c.p., promosso a carico del prefetto di Rieti a seguito di denuncia della segreteria generale, della federazione dei sindacati del personale della scuola, per avere la già menzionata autorità, durante uno sciopero a tempo indeterminato, ordinato a dodici unità del personale ausiliario di riprendere servizio. Il pretore di Rieti ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art 20 del T.U. della legge comunale e provinciale 3 marzo 1934, n. 383”* Corte cost., 4 gennaio 1977, n. 4, in *Giur. Cost.*, 20, 106.

<sup>9</sup> M. CARRER, *Le ordinanze dei sindaci e la scorciatoia della Corte. Osservazioni, a prima lettura, alla sentenza della Corte costituzionale 7 aprile 2011 n. 115*, in *Forum Cost.*, 2011, 5.

<sup>10</sup> Secondo la quale *“sono oggetto di conflitto di attribuzione, promosso dalle Regione Friuli-Venezia Giulia e Lombardia e della provincia autonoma di Trento, nei confronti dello Stato, due ordinanze del Ministro per il coordinamento della protezione civile.”* Di queste, si assume che *“misure straordinarie ed urgenti relative allo smaltimento dei rifiuti tossici e nocivi, prevede il censimento a cura dei prefetti, delle discariche e degli enti ed imprese che effettuano la raccolta ed il trasporto di tali rifiuti; l'obbligo, per i trasportatori utilizzati, di munirsi di apposito contrassegno, rilasciato dai prefetti previo riscontro di idoneità, a pena di gravi sanzioni”* Corte cost., 28 maggio 1987, n. 201, in *Riv. Giur. Ambiente*, 1989, 639.

tenza del 1995<sup>11</sup> n. 127. In tale caso la Corte, vagliando la legittimità costituzionale di una norma attributiva del potere di ordinanza e confermando la propria giurisprudenza in materia, è intervenuta per ricercare armonia tra i principi costituzionali ed eventuali poteri straordinari. D'altronde si deve rammentare che le ordinanze, data la loro portata straordinaria, sono uno strumento atipico, espressamente utilizzato in situazioni straordinarie, ove le ordinarie attività a “maglie larghe” (tipica dell'attività non autoritativa) ed una a “maglie strette” (tipica delle manifestazioni provvedimenti) non potrebbero trovare attuazione.<sup>12</sup>

## 2. L'emergenza nel processo amministrativo

L'emergenza ha interessato molti settori giuridici, in quanto inevitabilmente una situazione avversa, comporta nuovi interventi, data la possibilità di vulnerare l'economia nazionale e sovranazionale. Ma un caso che negli ultimi anni ha impattato e ha coinvolto tutti i settori è sicuramente il COVID 19. Il nostro ordinamento giuridico ha optato per un intervento uniforme e il più possibile tempestivo, per la salvaguardia dei cittadini, adottando una serie di misure restrittive, comprimendo anche i diritti fondamentali contemplati dalla nostra Costituzione. Ai tempi del COVID il diritto assume una nuova veste, cambiano i modi di agire e vengono emanati una serie di decreti-legge dotati di temporaneità. Tutti i settori ne risentono fortemente, basti pensare al settore degli appalti pubblici<sup>13</sup>, ove si è cercato con il Decreto Semplificazioni di snellire le procedure per permettere l'acquisizione di beni, servizi e esecuzione di lavori in termini brevi, garantendo, in tal modo, alla Pubblica Amministrazione il potere di procurarsi determinati beni strumentali allo

<sup>11</sup> Secondo la quale “*Nel giudizio promosso con ricorso dalla Regione Puglia, depositato in cancelleria nel 1995, per conflitto di attribuzione sorto a seguito del decreto del Presidente del Consiglio dei ministri dell'8 Novembre 1994 e dell'ordinanza dello stesso Presidente del Consiglio dell'8 Novembre 1994 per fronteggiare lo stato di emergenza socio-economico-ambientale*” Corte cost., 19 gennaio 1995, n. 16, in *Giur. cost.*, 1995, 209.

<sup>12</sup> F. LIGUORI, *Liberalizzazione diritto comune responsabilità*, Napoli, 2019, 98.

<sup>13</sup> *Ciò che distingue la capacità contrattuale del soggetto pubblico rispetto al soggetto privato è la sottoposizione di alcuni segmenti della libera esplicazione di tale capacità a regole dettate dalla funzionalizzazione dell'attività dell'agente al perseguimento dell'interesse pubblico.* Sul punto, S. TUCCELLO, *Contratti pubblici nel settore dell'energia*, in G. DE MAIO (a cura di), *Introduzione allo studio del diritto dell'energia questioni e prospettiva*, Napoli, 2019, 213.

svolgimento di attività legate all'emergenza.<sup>14</sup> Un altro settore che ha avuto enormi ripercussioni, durante il COVID 19, è il sistema di giustizia amministrativa, il quale, dopo lunghe evoluzioni, ha permesso e ha garantito nei confronti dei cittadini una tutela giurisdizionale piena ed effettiva<sup>15</sup>, ma anche una situazione di tendenziale parità con la Pubblica Amministrazione, superando una visione di asimmetria e una posizione autoritaria della P.A.<sup>16</sup> Ma le novità più rilevanti che hanno caratterizzato il processo amministrativo sono relative a taluni istituti: la sospensione dei termini processuali, la tutela cautelare e l'oralità del processo. Innanzitutto, per il primo istituto<sup>17</sup> è intervenuto un decreto-legge 8 marzo 2020 n. 11, ossia adottare una serie di misure

straordinarie ed urgenti, al fine di contrastare l'emergenza epidemiologica che ha apportato effetti negativi al sistema processuale. Con tale decreto si è stabilito la sospensione dei termini previsti dall'art. 54 comma 2 e 3 c.p.a., successivamente, con ulteriore decreto 18/2020, si è disposto la sospensione di tutti i termini previsti nel processo amministrativo fino al 15 aprile 2020. Si sono, quindi, succeduti molti interventi, tra di loro contraddittori e dubbi, ma la *ratio* era quella di garantire una tutela in capo al ricorrente, al fine di evitare una possibile lesione della sua sfera giuridica soggettiva. Ma di fatto, questi interventi hanno solo arrecato una tendenziale corrosione di diritti quali la parità di armi e il contraddittorio. Ancora, un altro istituto che ha risentito della situazione emergenziale

<sup>14</sup> si è cercato di modificare il sistema degli appalti, a seguito dell'emergenza causata dal COVID 19. A tal proposito, è subentrato un *vademecum* con lo scopo di velocizzare il più possibile le procedure, perché sopraggiunte delle situazioni di irregolarità. L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha sostenuto che le Amministrazioni dovevano occuparsi di garantire gli appalti semplificati e in tempi celeri. La finalità è di fornire alle stazioni appaltanti una ricognizione della normativa attuale, non solo per affrontare l'emergenza in atto, ma anche per poter fornire in quadro per far fronte a tutte le occasioni necessarie e poter garantire un'accelerazione e una semplificazione della gara.

<sup>15</sup> L'art. 113 Cost. garantisce una tutela giurisdizionale piena ed effettiva, tale disposizione inserita nell'assetto costituzionale assume non solo una tutela dinnanzi al giudice naturale di qualsiasi atto emanato, ma venne anche introdotta per reagire alla tendenza che si è manifestata durante il sistema autoritario: non si possono sottrarre per legge intere materie o tipologie di atti al controllo giurisdizionale.

<sup>16</sup> M. CLARICH, *Manuale di giustizia amministrativa*, Milano, 2023, 201.

<sup>17</sup> Nel processo amministrativo, per poter presentare un ricorso principale, ricorso incidentale, intervento, costituzione delle parti o integrazione del contraddittorio si devono rispettare dei termini specifici indicati espressamente nel Codice.

è la tutela cautelare<sup>18</sup>. Tale istituto dà origine ad una fase autonoma del processo ed ha l'obiettivo di evitare eventuali pregiudizi gravi ed irreparabili che potrebbero prodursi in attesa di sentenza<sup>19</sup>. La tutela cautelare è stata modificata nella forma di rito monocratico, con trattazione fissata a data successiva al 22 marzo 2020. Ulteriore aspetto da trattare è l'oralità del processo<sup>20</sup>, principio cardine nel nostro ordinamento giuridico, in quanto permette alla parte processuale di poter presentare osservazioni e conseguire un'istruttoria piena e completa. Durante la pandemia, si è tuttavia cercato di deflazionare gli uffici giudiziari, diminuendo un possibile contagio, e si è visto aumentare il numero di atti, riservando un giudizio orale solamente in casi necessitati. Nel dettaglio tutte le controversie sono definite in assenza di qualsiasi discussione orale e le parti possono presentare brevi note scritte nel termine di due giorni liberi

---

<sup>18</sup> L'azione cautelare consente di richiedere al giudice determinati provvedimenti interinali, in grado di produrre determinati effetti prima che intervenga la sentenza definitiva. Questa azione era già prevista nel 1889 e fu rafforzata in via giurisprudenziale. Le misure cautelari possono essere richieste nel ricorso principale o anche successivamente all'instaurazione del giudizio. Se la domanda cautelare viene respinta può essere riproposta per nuovi fatti sopravvenuti e può essere anche proposta domanda di revoca o modificazione. La fase cautelare può concludersi con un'ordinanza, ma anche, se il giudice lo ritenga opportuno con una sentenza in forma semplificata, nei casi in cui sia garantito la pienezza del contraddittorio e l'istruttoria completa. Nei casi di estrema gravità e urgenza, le misure possono essere richieste al presidente del collegio o ad uno suo delegato che provvede immediatamente *inaudita altera parte* con una pronuncia provvisoria (decreto cautelare).

<sup>19</sup> L'accoglimento della domanda è subordinato alla presenza di due requisiti, *fumus boni iuris* e *periculum in mora*, in quanto la pretesa deve essere dotata di un minimo di attendibilità e con conseguente pericolo di pregiudizio. Indubbiamente, il rito monocratico accelera i tempi, dipendendo la decisione o dal presidente del collegio o da un suo delegato che si pronuncia *inaudita altera parte*. Sicuramente si snellisce la procedura, difatti tale peculiarità viene attuata su richieste in situazioni di particolare ed estrema urgenza. Per maggiori approfondimenti sul sistema cautelare nel processo amministrativo cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, 300.

<sup>20</sup> La struttura del processo orale caratterizza il nostro sistema civilistico, il magistrato prende la decisione una volta sentite le parti, sin dal 900 la scienza giuridica e in particolar modo Chiovenda si sono mosse molto favorevolmente per il processo orale, permettendo così di dar vita ad un'istruttoria piena e completa. Il sistema del processo orale permette di conoscere immediatamente nel contraddittorio i punti di vista delle parti e poter giungere alla verità dei fatti. Questo permette all'organo giudicante di poter indirizzare le parti ma anche a collaborare con esse per una risoluzione efficace della controversia.

prima della data per la trattazione<sup>21</sup>. La modalità prevista<sup>22</sup> è il collegamento da remoto, permettendo in tal modo a tutte le parti di partecipare con i difensori, garantendo la sicurezza ed accertandosi anche dell'efficienza dei mezzi informatici previsti. L'istanza per la discussione orale è accolta dal presidente del collegio, se presentata congiuntamente da tutte le parti che si sono costituite in giudizio; nel caso in cui l'istanza venga presentata solamente da una delle parti, l'eventuale discussione orale dovrà essere valutata dal presidente e quest'ultimo, se lo ritiene strettamente necessario ai fini della decisione, potrà dar luogo al collegamento da remoto. Il sistema previsto ha dato vita a pareri contrastanti, autorevole dottrina<sup>23</sup> ha messo in luce che la modalità prevista è lontana dal principio del contraddittorio professato nel nostro ordinamento giuridico e non permette un'agevole discussione tra le parti e il giudice, in quanto l'oralità si rimette alla libera scelta del giudice. Questo potrebbe provocare delle conseguenze paradossali sulla decisione, qualora fosse negato questo diritto. Si è, tuttavia, pronunciata la Sesta sezione del Consiglio di Stato che ha ribadito che, anche se il rinvio per la discussione orale è un diritto riservato alle parti, l'oralità del processo è stata originariamente prevista per il processo civile e penale, mentre il processo amministrativo potrebbe anche essere risolto in via cartolare. Tuttavia, non appare, come scelta preferibile, in quanto si andrebbero a violare i principi costituzionali 24 e 111 che garantiscono e professano i diritti delle parti in giudizio. La Sesta sezione conclude ribadendo che il giudice, su richiesta delle parti, è tenuto a rinviare, per permettere una discussione orale, garantendo il rispetto del contraddittorio e del diritto di difesa. Il sistema di giustizia amministrativa<sup>24</sup> ha risentito delle numerose pronunce spesso contraddittorie, che si sono riversate sull'aspetto della tutela giurisdizionale piena ed effettiva e questo principio. Alla luce

<sup>21</sup> Tale circostanza è stata superata su sollecitazione del Consiglio di Stato che dispone che, dal 30 maggio al 31 luglio 2020, può essere comunque richiesta una discussione orale con istanza depositata, entro il termine previsto per le memorie di replica, per maggiori approfondimenti cfr. V. SORDI, *Il principio dell'oralità secondo la giurisprudenza amministrativa nel periodo dell'emergenza Covid 19*, in *Giustizia Insieme*, 2020, 2.

<sup>22</sup> L'art. 84, decreto-legge 18/2020 (c.d. "cura Italia") in tema di processo amministrativo condizionato dall'emergenza COVID-19.

<sup>23</sup> M. A. SANDULLI, *Un brutto risveglio? L'oralità condizionata del processo amministrativo*, in *L'amministrativista*, 2020, 5.

<sup>24</sup> S. ALEO, *Democrazia, comunicazione e diritti nel tempo del coronavirus*, in *Mediterranean journal*, 2020, 27, 11.

di tali riflessioni, un problema centrale riguarda inevitabilmente gli strumenti informatici, in quanto, questi ultimi sono stati il punto centrale dei processi ai tempi del COVID (i luoghi dove si sono collegati magistrati e avvocati sono stati riconosciuti come vere e proprie udienze). L'intento di tutte queste decisioni gira attorno ad un'esigenza di semplificazione costante, ossia garantire un risultato immediato riducendo il contatto. Nonostante le esigenze emergenziali, bisogna mettere in luce un'eguale necessità di velocizzazione dei processi decisionali. Senza alcun dubbio l'emergenza pandemica ha accelerato l'evoluzione del processo amministrativo telematico, introducendo in modo immediato e repentino molte novità. Tale accelerazione lascerà importanti innovazioni, anche se l'auspicio è quello di avere un processo amministrativo dove i collegamenti da remoto e l'informatica siano una possibilità e non una necessità derivante da una situazione emergenziale senza precedenti.<sup>25</sup> Con il riportato passaggio argomentativo, è necessario puntualizzare che tale sviluppo ha impattato anche il nuovo Codice Appalti decreto legislativo 36/2023 che presenta un elemento peculiare: la digitalizzazione. Potendo utilizzare i sistemi di algoritmi informatici per snellire e semplificare le procedure, ma senza minimizzare la trasparenza. In un siffatto quadro ordinamentale, tra le problematiche, quella che ha maggiormente destato l'opinione pubblica, è legata all'uso della tecnologia a fini di prevenzione sanitaria. Uno strumento, che ha agito da protagonista nel nostro ordinamento giuridico durante la pandemia, è sicuramente il *Green Pass*. Tale dispositivo è frutto della tecnologia e rappresenta un certificato in grado di poter verificare e supervisionare il contenimento dei contagi, minimizzando l'impatto sulla privacy. La Corte costituzionale ha definito la vaccinazione come un onere in capo ai privati<sup>26</sup>. In sintesi, la scelta dell'onere da parte del legislatore ha riguardato una decisione di carattere politico più che sanitario.

<sup>25</sup> Per maggiori approfondimenti con “*la cessazione dello stato di emergenza derivante dalla pandemia è definitivamente cessata l'efficacia delle norme del c.d. processo COVID e il processo amministrativo è tornato completamente alle regole ordinarie?*” R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2023, 1517.

<sup>26</sup> Sulle questioni attinenti il profilo dell'epidemia e il codice italiano A. MANIACI, *Introduzione di un obbligo vaccinale contro il COVID-19 profili di criticità*, in *Stato e chiese*, 2021, 47.

### 3. L'obbligo vaccinale per i professionisti sanitari

Alla luce di quanto esposto sui principi fondamentali, vi è un particolare campo che ha subito delle ripercussioni a più riprese ed è considerato una delle questioni sottese che ha interessato e coinvolto dottrina e giurisprudenza: il caso del professionista sanitario. Innanzitutto, è necessario osservare quanto previsto dal decreto legislativo 44/2021<sup>27</sup> modificato con L. n. 76/2021 che contiene “Misure urgenti per il contenimento dell’epidemia in materia di vaccinazioni”. Alla luce della piattaforma normativa illustrata, Il decreto all’art. 4 prevede gli obblighi vaccinali di coloro che esercitano le previsioni sanitarie e gli operatori di sanitario; si scolpisce nella legge l’obbligo vaccinale come requisito minimo, indefettibile e necessario ai fini di svolgimento della professione sanitaria. Come già accennato, il decreto sopracitato ha coinvolto in maniera negativa molti professionisti. Uno degli innumerevoli casi riguarda un giudizio promosso ex art. 700<sup>28</sup> dal giudice del lavoro di Padova. Un’infermiera non aveva rispettato l’obbligo vaccinale imposto e aveva subito come conseguenza pregiudizievole la sospensione dall’Albo professionale e la sospensione del rapporto di lavoro con l’azienda sanitaria. In considerazione di ciò, si può osservare che nel caso di specie ha trovato ampiamente attuazione quanto esposto dal decreto e nei confronti del professionista inadempiente si è previsto un trattamento rigoroso: sospensione e decurtazione della retribuzione spettante. Il datore di lavoro, una volta reso edotto della situazione, ha cercato di posizionare l’infermiera in altri ambiti, lontano dal pubblico, al fine di evitare eventuali situazioni nocive, sia nei confronti degli altri sanitari, sia nei confronti dei cittadini, ma anche nei confronti della stessa infermiera. Tuttavia, non è stato possibile collocare l’infermiera in altri settori e quest’ultima si è ritrovata in as-

<sup>27</sup> Il d.l. 44 del 2021 n. 44, recante misure urgenti per il contenimento dell’epidemia: *“al fine di tutelare la situazione pubblica e mantenere adeguate situazioni di sicurezza nell’erogazione delle prestazioni di cura e assistenza, gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario, sono obbligati a sottoporsi a vaccinazione gratuita per la prevenzione dell’infezione da SARS-CoV-2. La vaccinazione costituisce requisito essenziale per l’esercizio della professione e per lo svolgimento delle prestazioni lavorative rese dai soggetti obbligati. La vaccinazione è somministrata nel rispetto delle indicazioni fornite dalle regioni, dalle province autonome e dalle altre autorità sanitarie competenti, in conformità alle previsioni contenute nel piano.*

<sup>28</sup> B. ROSSILLI, *L’obbligo vaccinale per gli operatori sanitari al vaglio della Corte di Giustizia dell’Unione Europea: qualche breve valutazione sulla legittimità, sulla proporzionalità della misura e sui suoi effetti non discriminatori*, in *Giustizia Insieme*, 2022, 5, 2.

senza di qualsivoglia attività, altro non rimaneva che dare attuazione al provvedimento di sospensione. Questa circostanza appena illustrata è sostanzialmente una clausola *ius variandi*, inizialmente inserita nel decreto, per permettere al lavoratore di continuare la sua attività lavorativa senza alcun contatto, ma, tale pratica è stata abrogata con successiva modifica del decreto. L'infermiera, successivamente, ha impugnato il provvedimento dinnanzi al Tribunale ritenendolo illegittimo e il giudice si è riservato di decidere, rimandando gli atti al Tribunale di Giustizia. Recependo tali perplessità manifestate dalla giurisprudenza, viene in rilievo una questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia. La *questio* riguarda un dubbio di validità su quanto esposto dalla Commissione, che ha autorizzato la circolazione dei vaccini. In un contesto così tratteggiato, si deve, innanzitutto, enunciare che, qualunque azienda farmaceutica intenda procedere al rilascio dei vaccini all'interno dell'Unione, deve seguire un sistema autorizzatorio stringente, dovrà ottenere una doppia autorizzazione: la prima da parte di EMA Agenzia europea del farmaco<sup>29</sup> e la seconda da parte dell'Unione. Ma bisogna ammettere che in realtà il dubbio del giudice italiano risulta difficile da risolvere, in quanto la campagna vaccinale specialmente all'inizio si è dimostrata poco conosciuta: non è stato possibile accertare al 100% la validità del vaccino. Il giudice Italiano avrebbe potuto, senza sconfinare nei poteri riservati all'Unione, sospendere l'atto in quanto risulta essere dubbio ed incerto, ma questa scelta avrebbe comunque comportato una posizione di dissenso da parte del giudice italiano e si è scelta la strada del rinvio pregiudiziale; investendo la Corte di Giustizia della difficile risoluzione.<sup>30</sup> L'infermiera nella suddetta vicenda, si ritrova din-

<sup>29</sup> L'Agenzia europea per i medicinali (EMA) mira a proteggere e a garantire la salute dei cittadini, i compiti dell'EMA sono quelli di salvaguardare il benessere dei cittadini attraverso un monitoraggio costante di vaccini. Il compito dell'Ema è anche nell'autorizzazione di quest'ultimi, le imprese si rivolgono all'Agenzia per richiedere l'autorizzazione all'immissione in commercio unica, che viene rilasciato dalla Commissione europea. Se viene concessa l'autorizzazione allora potrà essere immesso in commercio il medicinale.

<sup>30</sup> Alla luce di questa circostanza si è posta nella vicenda un dubbio di compatibilità relativo al principio di proporzionalità: nell'art. 5 par. 4 TUE si sancisce che il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto prefissato dai Trattati per il raggiungimento degli obiettivi. A tal riguardo "il Tribunale, nel caso di specie, ha rivolto alla Corte di Giustizia sette quesiti in merito alla questione da risolvere, successivamente il giudice ha esposto altri due quesiti. I primi sette relativi alla procedura da seguire rispetto ad un vaccino che ha ottenuto l'autorizzazione da parte dell'EMA e se sussiste una qualche deroga alla procedura di sospensione, in secondo luogo vengono richieste ulteriori delucidazioni circa il trattamento da riservare

nanzi un pregiudizio con conseguente sospensione. Nella suesposta questione, vi è stata un'effettiva violazione del principio di proporzionalità, ma non vi sono dubbi sul fatto che la vicenda in esame presenta elementi dotati di una particolare delicatezza. Molti sono stati, oltre questo, i ricorsi che sono stati presentati, per il severo trattamento, nonostante la giurisprudenza si sia più volte pronunciata favorevole alla campagna. Deve rilevarsi che il suddetto orientamento appare supportato da un conferente percorso logico argomentativo, infatti, è possibile menzionare una pronuncia del Consiglio di Stato, risalente al 2021 n. 7045<sup>31</sup>. Il Consiglio di Stato sul punto ha affermato la necessità di seguire con massimo rispetto la campagna vaccinale per ottenere una risposta favorevole e riuscire a contrastare il virus in maniera efficiente. Il Collegio ha anche preso le distanze dalle critiche affermate circa la sperimentazione del virus; infatti, i termini brevi sono stati dovuti solo ad un'esigenza e un pericolo imminente ma non sono mancati i controlli. Il Consiglio di Stato ha, anche, specificato che dovrebbe essere preferibile un grado di incertezza rispetto tale campagna, ma con la possibilità successiva di poter ritornare alla vita quotidiana precedente. Considerati tali orientamenti del giudice amministrativo, il Tribunale di Catanzaro, si è pronunciato con sentenza 17/12/2021, ribadendo che il diritto soggettivo è una situazione giuridica che deve essere tutelata, ma non si può porre in contrasto con quelle che sono le pretese generali considerate meritevoli di tutela<sup>32</sup>. Recependo le perplessità manifestate, si è pronunciato il Tribunale di Velletri

---

*al personale sanitario*" A. DE MATTEIS, *Commento a Corte di Giustizia dell'Unione europea 13 luglio 2023*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2023, 2, 5.

<sup>31</sup> "La vaccinazione obbligatoria selettiva introdotta dall'art 4 Del decreto legislativo n. 44 del 2021 risponde ad una chiara finalità di tutela non solo del personale sanitario sui luoghi di lavoro, ma a tutela degli stessi pazienti invocando il principio di solidarietà. Cons. Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *Federalismi*, 2022, 1.

<sup>32</sup> È necessario tutelare il diritto soggettivo individuale essendo quest'ultimo una prerogativa portante nel nostro ordinamento giuridico e la retribuzione è una conseguenza inderogabile. Tuttavia, un diritto individuale incontra un limite invalicabile, quando mira ad arrecare un pregiudizio all'interesse generale, inteso nella salute pubblica, di fronte al quale è teso inevitabilmente a soccombere. Sicché se un individuo assume determinati comportamenti ritenuti dannosi per gli interessi pubblici conseguiti, dovrà sopportarne le conseguenze sul piano individuale". Il Tribunale di Catanzaro rileva che "le visioni personali ed egoistiche del singolo, circa la mancata sottoposizione all'obbligo vaccinale, non possono giustificare in alcun modo delle conseguenze sul piano pubblico che comporterebbero delle complicazioni circa l'esito positivo alla campagna vaccinale qualora fossero comprese eventuali deroghe." Trib., Sez. I civ., 17 dicembre 2021, n. 694, in *Diritto Pratico*, 2022.

14/12/2021<sup>33</sup>, sostenendo che la mancata assunzione dell'obbligo vaccinale da parte di professionisti sanitari incontra talvolta qualche eccezione, come quando questa non comporta aumenti di contagio e non apporta aumenti di *chances* in termini di pericolo per l'incolumità pubblica. Su queste posizioni si deve nuovamente osservare la disposizione enunciata nell'art. 32 della Costituzione. Attraverso il vaglio analitico della norma appena indicata, si enunciano tre tipologie di tutele: il diritto alla salute del singolo, il diritto alla salute dei terzi rispetto alla condotta del singolo e, infine, il diritto alla salute come interesse pubblico da salvaguardare. Considerati tali principi, è opportuno precisare che la giurisprudenza costituzionale si è mossa per stabilire ed enunciare cosa le norme devono imporre e cosa non devono imporre, per raggiungere il risultato ultimo: garantire la salute pubblica. Come primo riferimento prospettico, occorre subito enunciare che un eventuale trattamento sanitario deve garantire non solo un miglioramento nei confronti del soggetto che si sottopone all'obbligo, ma anche nel salvaguardare la salute degli altri. Inoltre, risulta anche necessario osservare quanto esposto dalla Consulta negli anni '90, ossia che qualsivoglia trattamento sanitario, per essere giustificato, deve mirare a tutelare la salute degli altri, inteso come diritto alla salute pubblica che mina la libertà di autodeterminazione. Oltretutto, come terza condizione si invoca, quanto già espresso precedentemente, come garanzia da parte dello Stato, il rimedio di un equo ristoro del danno patito<sup>34</sup>. Ciò che dovrebbe ottenere un costante sviluppo è il monitoraggio della campagna vaccinale, volta ad accertare una completa garanzia del diritto alla salute, avendo riguardo di possibili effetti relativi alla sottoposizione alla campagna vaccinale nel lungo periodo<sup>35</sup>. Questi parametri sono sta-

<sup>33</sup> Il Tribunale di Velletri ha assunto una posizione diametralmente opposta al Tribunale di Catanzaro, una lettura costituzionalmente orientata induce a ritenere che *“non tutte le prestazioni di operatori di interesse sanitario non vaccinati sono da considerarsi vietate. L'eventuale prestazione del singolo operatore è vietata nel momento in cui si scontra effettivamente con l'interesse pubblico e quindi con il diritto alla salute, ma anche in condizioni di sicurezza sul lavoro per garantire l'erogazione del servizio in misura efficiente, così come enunciato espressamente nella norma.”* Se così non fosse, secondo il Tribunale di Velletri *“non sussisterebbe alcun bilanciamento tra i due interessi, ma vi sarebbe un diritto sottoposto ad un altro che sarebbe di volta in volta compromesso di fronte a minime esigenze collettive.”* Trib., Sez. lavoro, 14 dicembre 2021, n. 4236, in *Diritto Pratico*, 2024.

<sup>34</sup> Corte cost., 22 luglio 1990, n. 307, in *Foro*, 1990, I, 1694.

<sup>35</sup> *Questo metodo risulta pienamente rispettoso con i parametri elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, quest'ultima ha ragionato sulla conformità alla Carta di altre previsioni normative, rispetto*

ti utilizzati durante l'emergenza pandemica, ovviamente, si è cercato di garantire un sistema che potesse garantire un massimo risultato, e al contempo evitare di dare esecuzione a trattamenti che possono provocare danni ai diritti dei singoli. In considerazione di siffatte condizioni, i professionisti sanitari sono stati assoggettati a delle conseguenze sul piano lavorativo come la sospensione del rapporto di lavoro, come già accennato poc'anzi. Alla stregua di tale quadro ordinamentale, sono molti i ricorsi che si sono presentati, senza tuttavia ottenere riscontro da parte dei giudici, che hanno più volte rigettato le domande proposte, affermando il rispetto dell'autorizzazione presentata dall'Unione relativamente al sistema vaccinale. Ne consegue che il giudice amministrativo si è dimostrato rispettoso di quanto esposto dalla normativa emergenziale, in quanto, per far fronte a situazioni di crisi, è necessario osservare quanto delineato dai principi comunitari. In tal guisa, i giudici di Palazzo Spada, in tema di esercenti alle professioni sanitarie, hanno osservato che vi sono, invece, talune condizioni che permettono un possibile esonero dal trattamento sanitario previsto.<sup>36</sup> La questione incomincia a prendere vigore da un appello proposto da un medico convenzionato presso una ASL, che aveva proposto impugnazione contro una sentenza del Tribunale, per il rigetto del ricorso per annullamento di atti, adottati dall'ASL, di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale e conseguente sospensione del rapporto di lavoro. Le questioni di fatto e di diritto, presentate nel ricorso, mettevano in evidenza una possibile esenzione dalla vaccinazione per motivi attinenti alla salute. Presentate tutte le certificazioni previste, il giudice di primo grado aveva, tuttavia, respinto i motivi di ricorso in quanto aveva rilevato una difformità tra le due certificazioni presentate dal medico. Successivamente riproposta la domanda in appello dinanzi al Consiglio di Stato, quest'ultimo ha ritenuto non fondato il motivo e ha disposto come correttamente esercitato il diritto di accertamento da parte dell'ASL. Nel caso di specie si era osservato che, anche se il medico aveva presentato talune patologie, non era in alcun modo comprovata una possibile esenzione con il sistema vaccinale e la campagna vaccinale non comportava alcun rischio per il

---

*ai trattamenti sanitari obbligatori* sul punto cfr. F. GAMBARDELLA, *Sulla questione di legittimità costituzionale dell'obbligo di vaccinazione anti-Covid del personale sanitario*, in *Giustizia Insieme*, 2022, 3.

<sup>36</sup> S. SERIO, *Sulla sindacabilità della certificazione medica di esonero vaccinale*, in *Giustizia Insieme*, 2022, 2.

medico. Il legislatore permette una clausola di esonero, purché l'effettiva certificazione presentata comporti una situazione tale di rischio da dover garantire un'oggettiva incompatibilità al vaccino. Nella controversia decisa dal Consiglio di Stato si è ritenuto corretto quanto indicato dal giudice di prime cure circa l'accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale. Queste decisioni pervengono sempre osservando quanto delineato dall'art. 32 della Costituzione. Il diritto alla salute deve essere contemplato non solo individualmente e collettivamente, ma anche avendo riguardo alla tutela verso terzi, per la delicata figura che rappresenta il medico. Su queste siffatte argomentazioni, risulta evidente che, per poter corrispondere una esenzione alla campagna vaccinale, devono essere sorrette motivazioni tali da rendere incompatibile la somministrazione. D'altronde, risulta corretta la posizione assunta dalla giurisprudenza, in quanto si deve rammentare che la questione è imperniata su una serie di principi: autodeterminazione e adempimento, solidarietà, proporzionalità e precauzione. Il Consiglio di Stato non avrebbe potuto pronunciarsi in altro modo, in quanto la tutela della pubblica sicurezza rappresenta il nucleo centrale dell'emergenza pandemica. In conclusione, i giudici di Palazzo Spada, relativamente al caso pratico in esame, hanno ribadito la necessità di una valutazione non meramente formale, ossia che permetta all'Amministrazione di poter valutare, caso per caso, la sussistenza delle condizioni esoneratrici presentate dal medico e di poter verificare se la fattispecie in esame permetta effettivamente un esonero.<sup>37</sup> In particolar modo, l'eventuale fattispecie, che presenta gli elementi costitutivi tali per poter beneficiare dell'esonero, deve presentare le condizioni cliniche del soggetto che provino un possibile danno alla salute; non basta una semplice attestazione dell'esistenza, ma per poter ottenere l'autorizzazione a non essere sottoposti alla campagna vaccinale, bisogna dimostrare precisamente le ragioni e devono essere provate.

#### 4. Riparto di giurisdizione

La tematica del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo è una questione che presenta molti risvolti pratici e che ancora oggi comporta situazioni di dinamicità, essendo sottile il limite tra le due giurisdizioni. Il nostro sistema giuridico ha

<sup>37</sup> Sulla tematica dell'esenzione dall'obbligo vaccinale si stabilisce che “*in caso di accertato pericolo per la salute la vaccinazione può essere omessa o differita.*”

optato per una pluralità di giurisdizioni e questo ha ovviamente comportato notevoli conseguenze sul piano pratico. Ancora oggi sorgono talune incertezze circa l'ambito di giurisdizione, specialmente per le questioni nuove o ancora poco conosciute.<sup>38</sup> Da tali premesse, si desumono le difficoltà che incorrono in innumerevoli settori, come le Autorità indipendenti<sup>39</sup>, ove il legislatore, seppure abbia ammesso un'iniziale preferenza, successivamente ha manifestato non pochi dubbi relativamente alle singole norme che compongono la materia. La presente questione ha proiettato molte criticità nella tematica relativa alla mancata assunzione dell'obbligo vaccinale. La problematica attiene all'individuazione del riparto di giurisdizione, più che ad eventuali profili di legittimità.<sup>40</sup> L'obbligo vaccinale dei professionisti sanitari subentra con il decreto legislativo 44/2021. La conseguenza è un atto di sospensione, salvo che il professionista sanitario non attesti mediante un atto certificato la presenza di condizioni di salute ostative alla somministrazione del vaccino. La questione, essendo di carattere sanitario, può comprendere più interessi, sia pubblici che privati. Sostanzialmente, l'imposizione vaccinale, nei confronti di esercenti delle professioni sanitarie, soddisfa gli interessi pubblici, dal momento che si mira a tutelare la salute pubblica e a garantire la sicurezza, ma anche inte-

<sup>38</sup> *Il giudice ordinario esercita la sua giurisdizione nelle questioni che involgono i diritti soggettivi, diversamente il giudice amministrativo è il giudice naturale degli interessi legittimi. In materia di giustizia amministrativa, una delle pronunce più importanti è sicuramente la 204/2004, dove si è sconfessato il tentativo da parte del legislatore alla fine degli anni '90 di superare la distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi, come criterio di riparto di giurisdizione sostituito da un criterio oggettivo di blocchi di materie. La Corte si è pronunciata sulla questione ribadendo che il giudice amministrativo è il giudice naturale degli interessi legittimi ed in casi tassativi è possibile devolvere anche taluni diritti soggettivi, quando questi ultimi siano strettamente legati in una vicenda in cui l'Amministrazione agisce come autorità. Il sistema di riparto di giurisdizione mira a garantire un principio portante, esplicitato dalla Costituzione nell'art. 113, ovvero la tutela giurisdizionale piena ed effettiva che deve essere garantita sempre contro qualsiasi atto emesso da un organo giurisdizionale. Per un maggiore approfondimento cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2019, 180.*

<sup>39</sup> *Le singolarità delle previsioni legittimanti si è accompagnata all'emersione di diverse questioni interpretative e si è anche rilevato, con riguardo a più ipotesi risalenti di legittimazione ex lege, che la comparsa di queste fattispecie è di solito sintomatica di una disfunzione nel processo divenendo esse "veicoli e sensori" di istanze non recepite in maniera ottimale nell'alveo del processo. Per ulteriori approfondimenti sulla legittimazione speciale delle autorità indipendenti cfr., S. TUCCILLO, *La legittimazione processuale delle Autorità Indipendenti. Il caso ANAC*, Napoli, 2020, 185.*

<sup>40</sup> *"la legittimità della campagna vaccinale. Specificando non solo la necessità di salvaguardare la salute del singolo, ma anche di tutelare le categorie più vulnerabili e permettere negli istituti ospedalieri un normale svolgimento delle attività"* Cons. Stato, Sez. III, 20 ottobre 2021, n. 7045, in *Giustizia Insieme*, 2021, 1.

ressi privati, quali la libertà di iniziativa economica e il diritto al lavoro. Per tali motivazioni, i vari giudici chiamati a risolvere le controversie si sono dimostrati intimoriti nel prendere posizione sull'argomento, non essendo chiara la giurisdizione da affermare in materia<sup>41</sup>. Difatti la tematica ha interessato tanto il Consiglio di Stato tanto la Corte di cassazione che sono intervenuti con differenti pronunce; la stessa Corte costituzionale è intervenuta sull'argomento. La prima pronuncia interviene con il TAR Puglia<sup>42</sup>, nel 5 agosto del 2021. Ritenendo ammissibile il ricorso, il TAR non esclude, ma anzi, presuppone il potere-dovere dell'Amministrazione sanitaria di verificarne l'attendibilità e l'effettività, affermando quindi la giurisdizione del giudice amministrativo in materia. Il TAR Puglia afferma ciò con una particolare motivazione: osserva innanzitutto che l'Amministrazione si è interessata a trovare un lavoro sostitutivo alla ricorrente, allocandola anche a mansioni inferiori e poi il TAR riconosce che nel giudizio di bilanciamento degli interessi, la posizione della ricorrente e gli interessi individuali sono costretti a cedere dinanzi agli interessi pubblici. Alla luce della siffatta pronuncia, una posizione non differente è assunta dal TAR Friuli-Venezia Giulia, con sentenza 10 settembre 2021<sup>43</sup>. Il TAR Friuli respinge il ricorso da parte di un'operatrice sanitaria e afferma la giurisdizione del giudice amministrativo in quanto *“la scelta di imporre l'obbligo vaccinale ai sanitari risponde al primario interesse pubblico costituito dalla tutela alla salute collettiva, al fronte del quale la posizione del privato inevitabilmente recede”*. Osserva il collegio che *“l'interesse a prevenire lo sviluppo della malattia da Covid-19 in capo agli operatori sanitari, nel contesto dell'emergenza pandemica, assume un'indubbia valenza pubblicistica, giacché garantisce la continuità delle loro prestazioni professionali e, quindi, l'efficienza del servizio fondamentale cui presiedono”*. Tuttavia, alcuni Tribunali Amministrativi Regionali si esprimono anche in modo contrario, disponendo che la materia riguarda la giurisdizione del giudice ordinario, in quanto riguarda un rapporto di lavoro privatizzato<sup>44</sup>. In particolare, si esprime il TAR

<sup>41</sup> A. BONOMO, *Le oscillazioni del criterio di riparto di giurisdizione: tra potere vincolato e interesse alla tutela della salute pubblica*, in *Queste Istituzioni*, 2022, 4, 7.

<sup>42</sup> TAR, Sez. 2, 5 agosto 2021, n. 480, in *Federalismi*, 2021.

<sup>43</sup> *“Nei confronti di un'operatrice sanitaria viene adottato da un'azienda sanitaria un provvedimento di accertamento dell'inosservanza dell'obbligo vaccinale per la prevenzione dell'infezione Covid-19”* TAR, Sez. I, 10 novembre 2021, n. 261, in *Diritto e Giustizia*, 2022.

<sup>44</sup> A. DE MATTEIS, *Una panoramica del flusso normativo e della giurisprudenza sulla pandemia da Covid*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2022, 3, 20.

Toscana<sup>45</sup>, nel 26 novembre 2021, negando la giurisdizione del giudice amministrativo: *“la questione controversa concerne la tutela di una posizione di diritto soggettivo a fronte della quale non è configurabile alcun esercizio di potere autoritativo o discrezionale da parte dell’ente resistente”*. Il TAR Toscana si pronuncia in modo definitivo dichiarando il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo. Ancora, ulteriori pronunce riguardano il TAR Veneto. Anche quest’ultimo ritiene che sussista in materia la giurisdizione del giudice ordinario<sup>46</sup>; il TAR assume questa posizione ribadendo che il datore di lavoro non ha alcun potere in materia, ma deve semplicemente osservare quanto stabilito dalla legge. Il datore di lavoro, una volta verificato la mancata assunzione dell’obbligo vaccinale, deve segnalarlo, mediante un atto di accertamento che non è considerato come interesse legittimo, ma, piuttosto, come diritto soggettivo. Ma non sono mancati casi contrari. Anche il giudice ordinario ha più volte negato la propria giurisdizione, il Tribunale di Ancona<sup>47</sup> ha dichiarato il proprio difetto di giurisdizione nella controversia promossa da M.U., fisioterapista libero professionista, contro l’Azienda Sanitaria Unico Regionale delle Marche e l’Ordine dei tecnici sanitari di radiologia medica e delle professioni sanitarie tecniche. Il Tribunale di Ancona, sul difetto di giurisdizione del giudice ordinario, si basa su un orientamento fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui l’atto di accertamento, al quale consegue la sospensione, riguarda un procedimento che detiene elementi spiccatamente pubblicistici, diretti a verificare se il sanitario si sia sottoposto o meno al vaccino e questa procedura deve essere connotata come amministrativa. La controversia viene riproposta dinnanzi al TAR Marche<sup>48</sup>, che solleva un conflitto negativo di giurisdizione. Il TAR Marche ribadisce, invece, la giurisdizione del giudice ordinario, ritenendo che la situazione è di diritto soggettivo. In tale visuale prospettica, il Consiglio di Stato<sup>49</sup> è

<sup>45</sup> TAR, Sez. 2, Firenze, 26 novembre 2021, n. 1565, in *Uninurb*, 2021.

<sup>46</sup> *“L’imposizione dell’obbligo vaccinale nei confronti dei sanitari – pur essendo dichiaratamente strumentale alla soddisfazione di due interessi pubblici ( tutela alla salute collettiva e mantenimento di adeguate condizioni di sicurezza nell’esercizio delle prestazioni sanitarie) - non produce conseguenze in termini propriamente sanzionatori. Il legislatore non ha attribuito alla P.A. poteri autoritativi in tal senso, ma ha orientato tutta la disciplina all’adempimento del suddetto obbligo.”*

<sup>47</sup> Il Tribunale di Ancona adito d’urgenza ex art. 700 c.p.c., rigettava il ricorso dichiarando il proprio difetto di giurisdizione

<sup>48</sup> *“L’obbligo vaccinale è previsto dalla legge e il successivo procedimento fa emergere in maniera chiara e inequivocabile l’inottemperanza da parte del sanitario”*.

<sup>49</sup> Cons. Stato, sez. III, 29 novembre 2022, n. 5014, in *Diritto Pratico*, 2022.

tornato nuovamente ad affermare la giurisdizione del giudice amministrativo. Innanzitutto, il Consiglio di Stato parte dalla giurisdizione generale di legittimità. Essa ha natura generale, in base all'art. 7 c.p.a., e interviene ogniqualvolta sorge una controversia relativa a situazioni giuridiche di interesse legittimo. Il Consiglio di Stato mette, quindi, in risalto la determinata situazione di autorità della Pubblica Amministrazione come requisito indefettibile, ma non si pone alcun riferimento al potere vincolato o discrezionale. Quindi, non vi è una situazione di diritto soggettivo, secondo il Consiglio di Stato, ma è piuttosto un'attività che assume la consistenza di interesse legittimo, anche se a carattere vincolato.<sup>50</sup> Dopo il Consiglio di Stato, si pronuncia anche la Corte di cassazione il 29 settembre 2022<sup>51</sup>. Nel caso in esame, secondo la Corte, nessun potere discrezionale riguarda la Pubblica Amministrazione nella conformazione del diritto all'esercizio alla professione sanitaria, in quanto, tale diritto viene sospeso temporaneamente nel momento in cui l'esercente sanitario si dimostri inadempiente alla somministrazione del vaccino, in forza delle disposizioni previste nel decreto legislativo 44/2021 art. 4. Sulla base di tale decreto, la Pubblica Amministrazione deve semplicemente dare attuazione a quanto previsto.<sup>52</sup> Secondo la Corte, non sussistono dubbi, bisogna semplicemente accogliere quanto previsto dalla legge. Non vige alcun conflitto tra gli interessi in gioco, perché appare del tutto evidente che il diritto alla salute si trova in una situazione di tendenziale supremazia rispetto al diritto al lavoro. Inoltre, la legge si è occupata di specificare modalità e termini e non residuano margini di discrezionalità in capo alla Pubblica Amministrazione che deve limitarsi a verificare che vi siano i requisiti conformi alla fattispecie legalmente tipizzata. La ASL dovrà semplicemente occuparsi di dare attuazione alle disposizioni di legge e quelli che sono i requisiti scolpiti preventivamente. Le Sezioni Unite affermano la giurisdizione del giudice ordinario, anche perché la giurisdizione, per potersi affermare, richiede un *petitum* sostanziale e in tale circostanza è la pretesa del diritto ad esercitare le mansioni

<sup>50</sup> A. BONOMO, *Le oscillazioni del criterio di riparto di giurisdizione: tra potere vincolato e interesse alla tutela della salute pubblica*, in *Queste Istituzioni*, 2022, 4, 8.

<sup>51</sup> Sezioni unite risolvono il conflitto negativo di giurisdizione sollevato a fronte di un'azione giudiziaria attinente alla mancata assunzione dell'obbligo vaccinale da parte del personale sanitario dimostratosi inadempiente a seguito delle condizioni previste dalla legge Sez. un., 29 settembre 2022, n. 28429, in *Altalex*, 2023.

<sup>52</sup> D. DI MARIA, *Rientra nella giurisdizione del giudice ordinario la sospensione del sanitario per inadempimento dell'obbligo vaccinale*, in *Ius management*, 2022.

lavorative. La sospensione in tale circostanza, come più volte enunciato, costituisce una semplice conseguenza per quanto disposto nel decreto legislativo; difatti, la scelta egoistica e individuale del medico, di non sottoporsi alla somministrazione del vaccino, non è priva di doverose conseguenze, per preservare il diritto alla salute pubblica. Qui l'ASL svolge una semplice attività di accertamento e quindi si ricade nella sfera di diritti soggettivi. Non si manca di rilevare che la posizione assunta dalla Corte di cassazione non è priva di critiche, formando la sua decisione sul binomio potere vincolato e discrezionale. Ma nell'attività amministrativa, come spesso accade, vengono risolte anche talune questioni prive di discrezionalità e che convergono in un'attività vincolata della P.A. Il Consiglio di Stato, sulla scorta di quanto affermato dalla Corte, si pronuncia successivamente, dimostrandosi contrario. Il Consiglio di Stato afferma che la giurisdizione è del giudice amministrativo e non del giudice ordinario per le seguenti motivazioni: *“si è al cospetto di un potere esercitato dall'autorità sanitaria per garantire il rispetto del fondamentale interesse pubblico volto ad evitare la diffusione del virus”*.<sup>53</sup> In questa determinata ipotesi, secondo il Consiglio di Stato, vengono in rilievo degli interessi pubblici che devono essere tutelati, volti a risolvere la situazione emergenziale e ad evitare la propagazione del virus. Per il Consiglio di Stato il potere esercitato dall'autorità sanitaria mira a garantire delle misure contenitive del virus, evitando il propagarsi della malattia nelle sue forme più gravi e addirittura letali. Sussiste quindi la giurisdizione del giudice amministrativo, quando sono impugnati atti che riguardano il potere pubblico, riconosciuti come autoritativi. Non rileva il carattere discrezionale o vincolato, quando la legge ha disposto che un determinato interesse pubblico debba essere perseguito dalla Pubblica Amministrazione. Secondo il Consiglio di Stato, è necessario avere riguardo all'obiettivo stabilito dalla norma primaria, poiché qui l'atto di sospensione viene emanato sulla base di disposizioni che tutelano l'interesse pubblico. Sulla scorta di tali motivazioni, il Consiglio di Stato rimette la questione al primo giudice. La questione che divide il Consiglio di Stato e la Corte di cassazione riguarda

<sup>53</sup> *Inadempienza obbligo vaccinale e sospensione dell'abilitazione*. Il collegio ha stabilito che *“la giurisdizione in questa materia è del giudice amministrativo e non del giudice ordinario, in quanto si è al cospetto di un potere esercitato dall'autorità sanitaria per garantire attraverso la vaccinazione obbligatoria, il rispetto del fondamentale interesse pubblico”* Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2022, n. 8434, in *Federalismi*, 2022.

l'attività vincolata della Pubblica Amministrazione. È intervenuta anche la Corte costituzionale, con sentenza n. 16 del 2023, che ha dichiarato inammissibile la questione di legittimità costituzionale sulla sospensione dell'esercizio della professione sanitaria, anche se le mansioni non comportano contatti personali. La *questio* attiene ad una decisione assunta dal TAR Lombardia, chiamato a decidere su un ricorso di una psicologa, la quale è stata sospesa dall'esercizio della professione per mancata assunzione dell'obbligo vaccinale. La questione è stata dichiarata inammissibile in ragione di un preliminare profilo processuale: il difetto di giurisdizione del Tribunale Amministrativo Regionale. Secondo la giurisprudenza della Corte di cassazione, la giurisdizione appartiene al giudice ordinario e la Suprema Corte è l'unico giudice competente a decidere sulla giurisdizione. La Corte si è espressa affermando ancora una volta che la controversia in questione involve diritti soggettivi e non è intermedia dalla esercizio del potere amministrativo.<sup>54</sup>

---

<sup>54</sup> “Si dichiarano inammissibili le questioni di legittimità costituzionale dell’art. 4, comma 4, del decreto-legge 1° aprile 2021, n. 44, in quanto viene in rilievo nel giudizio principale, il diritto soggettivo a continuare ad esercitare la professione sanitaria”. Corte cost., 19 febbraio del 2023, n. 16, in *Corte costituzionale*, 2023.



# Diversamente abili ma “ugualmente mobili”: agevolazioni fiscali alla mobilità delle persone con disabilità

DOTT. DAVIDE GRAVINO

(Dottore magistrale in Giurisprudenza - Università degli Studi di Napoli Federico II)

## Abstract

La mobilità rientra tra le attività imprescindibili di qualsiasi civiltà e in quanto tale costituisce un fattore che fortemente incide sulla qualità della vita. Se a tale esigenza tipica della quotidianità di ciascuno si aggiunge il fatto di trovarsi in uno stato di “disabilità”, v'è il rischio che questa non venga soddisfatta alla maniera che meriterebbe secondo quanto ormai previsto nella Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità. E invece il presente contributo, preso atto di una apprezzabile rivalutazione, peraltro sempre più sentita nel tempo, del concetto di disabilità nei documenti normativi tanto di fonte internazionalistica quanto interna, passa in rassegna e analizza i principali strumenti fiscali sottoforma di agevolazioni impiegati dal legislatore italiano al fine di favorire e migliorare la mobilità delle persone con disabilità adottando un approccio che tiene nella dovuta considerazione i loro diritti per delle comunità inclusive, aperte, sicure e sostenibili.

*Mobility is one of the indispensable activities of any civilisation and as such is a factor that strongly affects the quality of life. If this need, which is typical of everyone's daily life, is added to the fact of being in a state of “disability”, there is a risk that it will not be met in the manner it deserves according to what is now provided for in the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities. On the contrary, the present contribution, taking note of an appreciable re-evaluation of the concept of disability in legal documents of both international and domestic sources, reviews and analyses the main fiscal instruments in the form of tax incentives employed by the Italian legislature in order to favour and improve the mobility of the differently abled people, adopting an approach that takes into due consideration their rights for inclusive, open, safe and sustainable communities.*



**Sommario:** 1. Introduzione: mobilità sostenibile e disabilità 2. Riconsiderazione del concetto di disabilità 3. L’approccio fiscale al tema della disabilità: inquadramento teorico e compatibilità delle agevolazioni con i principi costituzionali 4. Agevolazioni fiscali per il settore auto 4.1. La detrazione Irpef per i mezzi di locomozione 4.2. Iva agevolata sull’acquisto di autovetture 4.3. L’esenzione dal pagamento del bollo e dall’imposta di trascrizione sui passaggi di proprietà 4.4. Agevolazioni al familiare della persona con disabilità 4.5. Adattamento del veicolo per le persone con ridotte o impedito capacità motorie 5. Altre agevolazioni fiscali 5.1. Spese per l’acquisto di mezzi di ausilio detraibili dall’Irpef 5.2. L’Iva ridotta per i mezzi di ausilio 5.3. La detrazione Irpef per gli addetti all’assistenza a persone non autosufficienti 5.4. Ulteriori agevolazioni per i non vedenti 6. Eliminazione delle barriere architettoniche 6.1. La detrazione Irpef per interventi di ristrutturazione edilizia 6.2. La detrazione del 75% 6.3. La detrazione del Superbonus per interventi “trainati” 7. Conclusioni.

## 1. Introduzione: mobilità sostenibile e disabilità

L’obiettivo della mobilità sostenibile delle persone con disabilità viene senz’altro delineato nei documenti di matrice europea, ma ad una prima lettura appare inglobare concetti antitetici. “Libertà di circolazione” e “libertà di accesso” non danno contezza, infatti, di come possa una persona con disabilità accedere ad un luogo nel momento in cui sceglie di uscire di casa per compiere una qualsiasi attività propria della quotidianità come fare la spesa, oppure recarsi al lavoro, al cinema, al ristorante o persino andare in vacanza. Non ci si chiede a sufficienza in che modo il soggetto spinto da tali esigenze possa soddisfarle, e quindi ancor più raramente si vanno a cercare e/o analizzare i dati per conoscere qual è il mezzo maggiormente impiegato per muoversi. Questi dati invece possono essere utili sia per studiare la mobilità delle persone con disabilità sia per far sì che questa possa essere realmente connessa e divenire parte della mobilità sostenibile delle nostre comunità.

Nel Preambolo della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità (2007)<sup>1</sup> viene evidenziata *“l’importanza di integrare i temi della disabilità nelle pertinenti strategie relative allo sviluppo sostenibile”*; all’articolo 4 gli Stati firmatari esprimono – tra l’altro – il loro impegno a *“intraprendere o promuovere la ricerca e lo sviluppo... di ausili alla mobilità”* e, ancora, nell’articolo 9 vengono enunciate misure volte a garantire anche l’accesso alla viabilità e ai trasporti. Nell’articolo 20, invece, figura un invito agli Stati a *“facilitare la mobi-*

<sup>1</sup> La Convenzione - approvata dall’Assemblea Generale delle Nazioni Unite il 13 dicembre 2006 e ratificata dall’Italia con la Legge 3 marzo 2009, n. 18 - si inserisce nel più ampio contesto della tutela e della promozione dei diritti umani, definito in sede internazionale fin dalla Dichiarazione Universale dei diritti umani del 1948 e consolidatosi nel tempo, confermando in favore delle persone con disabilità i principi fondamentali in tema di riconoscimento dei diritti di pari opportunità e di non discriminazione.

*lità personale delle persone con disabilità nei modi e nei tempi da loro scelti ed a costi accessibili*”, oltre che ad agevolare l’accesso agli ausili e alle tecnologie di supporto. Ebbene la parola ‘integrare’ utilizzata nel Preambolo della Convenzione consente una riflessione sull’accessibilità integrata e integrale conseguibile con una innovazione tecnologica e digitale capace di fronteggiare le esigenze di mobilità delle fasce più fragili della società, e facendo in modo che questo rappresenti solo il primo passo verso comunità aperte, fruibili, inclusive per tutti i suoi componenti, insomma sostenibili.

Ciò vuol dire che pure l’approccio alla mobilità per le persone con disabilità debba ampliare i suoi orizzonti adottando una visione in grado di sottolineare i limiti e le fragilità dell’offerta della mobilità e contestualmente dell’uso che le persone con disabilità ne fanno. L’obiettivo dovrebbe essere un futuro nel quale mobilità condivisa significhi anche diritto condiviso alla mobilità, che possa assurgere a diritto alla mobilità sostenibile per tutti. Detto altrimenti, passare da quello che soprattutto in passato si configurava come un diritto negato alla mobilità sostenibile per le persone con disabilità, al diritto di vivere in una comunità aperta e fruibile da tutti.

È chiaramente essenziale che, unitamente all’innovazione e al progresso dei processi produttivi, vengano implementate formazione ed educazione in modo da confrontarsi con le sfide della sostenibilità seguendo quell’approccio trasversale e quella “coerenza orizzontale” fra le politiche sociali, ambientali ed economiche a cui auspica con vigore l’Agenda 2030 per lo sviluppo sostenibile adottata dalle Nazioni Unite nel settembre 2015. E quella stessa trasversalità è rinvenibile nella definizione inglobata dalla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità quando afferma che ***“la disabilità è risultato dell’interazione tra le persone con menomazione e barriere comportamentali ed ambientali, che impediscono la loro piena ed effettiva partecipazione alla società su base di uguaglianza con gli altri”***.

L’Agenda 2030, con riferimento alle persone con disabilità, fissa esplicitamente cinque obiettivi: Obiettivo 4 - Istruzione di qualità; Obiettivo 8 - Lavoro dignitoso e crescita economica; Obiettivo 10 - Ridurre le disuguaglianze; Obiettivo 17 - Partnership per gli Obiettivi. Tuttavia è l’Obiettivo 11 - Città e comunità sostenibili - quello di maggiore interesse ai fini della presente ricerca, dove si afferma la necessità di *“fornire entro il 2030 l’accesso a sistemi di trasporto sicuri, sostenibili e convenienti per tutti, migliorare la sicurezza stradale, in particolare*

*ampliando i mezzi pubblici, con particolare attenzione alle esigenze di chi è in situazioni vulnerabili, alle donne, ai bambini, alle persone con disabilità e agli anziani”.*

Cominciano dunque ad intrecciarsi mobilità, sostenibilità, persone con disabilità. Da questo punto di vista uno studio dell'Istat del dicembre 2019<sup>2</sup> offre dati interessanti sugli spostamenti casa – lavoro delle persone con disabilità tra i 15 e i 64 anni. Tuttavia la ricerca *“Il paradosso della mobilità”*<sup>3</sup> è andata oltre, chiedendosi non solo con quale mezzo la persona con disabilità possa raggiungere la sua meta ma anche come potrebbe essere la mobilità delle persone con disabilità nel 2060, quando i trend demografici avranno disegnato un'Italia, e anche un'Europa, in parte diversa da quella attuale e da quella del 2030.

Secondo lo studio, tra 40 anni, l'Italia sarà meno popolata contando poco più di 55 milioni di abitanti rispetto agli attuali 60 milioni, nonché caratterizzata da un invecchiamento della popolazione - con gli over 74 che cresceranno del 70% - e da un incremento del 25% - pari a quasi 4 milioni di unità - nel numero delle persone con disabilità. In particolare, crescerà del 51% il numero delle persone con disabilità over 64 (da 2 a 3 milioni) e, fra questi gli over 74 passeranno da 1,5 a 2,5 milioni. Nel 2060 gli over 74 rappresenteranno il 64,1% della popolazione con disabilità rispetto all'attuale 47,6%. Sul fronte della mobilità, più di 2 milioni di persone con disabilità utilizzeranno regolarmente mezzi di trasporto e, di essi, uno su due sarà conducente d'auto. Nel confronto con il 2060, sono gli over 64 in crescita e questo trend riguarderà anche il dato relativo all'uso dell'auto: la persona con disabilità, anche se over 64 e soprattutto se over 74, non rinuncerà a essere conducente. Infatti, su 1 milione di soggetti che la proiezione indica come conducenti d'auto, gli over 64 sono il 50,1% e, fra questi, il 29,2% ha oltre 74 anni. In particolare, si stima che si registrerà un incremento di 115.000 over 74 conducenti di auto. Fra gli over 64, rispetto alla scelta dell'auto, l'uso del TPL urbano e del treno sarà inferiore rispettivamente del 45,3% e del 67,1%, così come l'uso del TPL extraurbano crolla del 78,6%. E soffermandosi sugli over 74, rispetto all'uso dell'auto, l'uso del

<sup>2</sup> ISTAT - Istituto Nazionale di Statistica, *Conoscere il mondo della disabilità: persone, relazioni e istituzioni*, Roma, 3 dicembre 2019.

<sup>3</sup> FONDAZIONE UNIPOLIS in collaborazione con ANGLAT - Associazione Nazionale Guida Legislazioni Andicappati Trasporti, *“Il paradosso della mobilità”*, Bologna, 2020.

TPL urbano e del treno calerà rispettivamente del 32,8% e del 69%, per arrivare a -77,9% nel caso dell'utilizzo del TPL extraurbano. In sintesi, l'età che avanza non impedirà di essere un conducente di auto rispetto alla scelta del trasporto pubblico<sup>4</sup>.

In questo scenario, bisogna valutare come i mezzi di trasporto potranno ottemperare alle esigenze di questa popolazione, evolversi, e diventare un elemento costitutivo delle comunità sostenibili del futuro. Strade connesse e intelligenti, auto a guida autonoma, e un ecosistema pubblico/privato, con una leadership della ricerca, costituiscono il modo per indirizzare lo sviluppo della mobilità verso un modello sostenibile che abbia riguardo alle comunità nel loro insieme<sup>5</sup> e a cui le politiche tributarie possono senza dubbio fornire un significativo contributo.

## 2. Riconsiderazione del concetto di disabilità

La disabilità intesa come messaggio sociale su cui si fonda la rimozione delle barriere di ogni tipo ha assunto nel tempo una centralità anche nel sistema legislativo italiano, passando da una percezione della disabilità come impedimento ad un'accezione che ne ribalta il senso.

Concentrandosi sugli svantaggi e sulle penalizzazioni provocate da tutti quei modelli organizzativi che, non considerando le singole incapacità, inducono all'esclusione, il concetto alla base dell'attuale sistematizzazione della disabilità nell'ordinamento interno è che **sono le barriere a rendere disabili e non i disabili a rendere visibili le barriere**. Non sorprende, quindi, che la rimozione degli ostacoli per l'accesso delle persone con disabilità ai vari contesti del vivere civile sia divenuta negli ultimi anni una costante che ha indotto ad una revisione, spesso integrale, delle regole finalizzate all'inclusione sociale<sup>6</sup>. La Convenzione sui diritti delle persone con disabilità approvata nel 2006 dall'Assemblea generale delle Nazioni unite ha determinato

<sup>4</sup> È quanto emerge dalla ricerca *"Il paradosso della mobilità"*, realizzata e pubblicata nel settembre 2020, da Fondazione Unipolis, in collaborazione con ANGLAT (Associazione Nazionale Guida Legislazioni Andicappati Trasporti), che, nella Settimana Europea della Mobilità 2020 e nell'ambito del Festival dello Sviluppo Sostenibile di ASviS, mette a confronto l'Italia del presente con quella del futuro.

<sup>5</sup> M. PARMIGIANI, F. SACCHELLI in *Il paradosso della mobilità*, Fondazione Unipolis - ANGLAT, Bologna, 2020, 7- 41.

<sup>6</sup> G. SEPIO, *Fisco, lavoro, assistenza, controlli: i tanti fronti del sistema di tutele*, in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10, 2.

una svolta radicale nel concetto stesso di disabilità: ha lasciato alle spalle il precedente modello di tipo medico, in favore di un modello biopsicosociale<sup>7</sup> focalizzato sui diritti umani. Detto altrimenti, si è avuto un capovolgimento di prospettiva tale per cui non si parla più di “persone malate da accudire” ma di persone di cui rispettare i diritti, rese più o meno “disabili” dalle condizioni dell’ambiente circostante.

Tale mutata percezione ha avuto come naturale conseguenza il dover tenere in adeguata considerazione i diritti delle persone con disabilità e delle loro famiglie in qualsiasi programma e provvedimento politico e amministrativo, mantenendo ben salda la necessità di

---

<sup>7</sup> Il paradigma medico-individualista ha raffigurato la disabilità alla stregua di una “tragedia individuale” dovuta a un deficit biologico. La teorizzazione sociale ha invece traslato l’asse della causalità sul dato meramente ambientale. La parzialità di tali rappresentazioni ha legittimato l’affermazione di un approccio sociologico alternativo, volto a sintetizzare presupposti biologici e fattori ambientali. Tale approccio, che oltrepassa i limiti applicativi dei precedenti, viene definito “biopsicosociale”. Il nuovo modello ingloba la disabilità nell’ambito di un paradigma di causalità concorrente, che postula la contemporanea presenza di variabili biologiche, psicologiche e sociali. Le prime si riferiscono ai processi biologici alla base del funzionamento del corpo umano; le seconde concernono gli elementi cognitivi, le inclinazioni della personalità e gli schemi comportamentali; le terze riguardano le relazioni instaurate dalla persona all’interno della comunità di riferimento. In particolare le variabili biologiche afferiscono a cellule, organi, apparati e sistemi, incidendo sul funzionamento psico-fisico; quelle psicologiche si basano sui processi cognitivi, emozionali e della personalità, coartando la percezione personale del proprio funzionamento psico-fisico; quelle sociali attengono ai rapporti instaurati nell’ambiente circostante, incidendo sulla partecipazione sociale. In virtù della rappresentata concomitanza causale, la disabilità viene elevata a sistema e diventa *“la conseguenza o il risultato di una complessa relazione tra le condizioni di salute di un individuo, i fattori personali e i fattori ambientali”*. Impostato in tal maniera, l’approccio indagato va oltre la monocausalità dei precedenti modelli per arrivare ad una rappresentazione multidimensionale della disabilità, capace di rifletterne l’eterogeneità “genetica” e di offrirne adeguata tutela costituzionale. Attesa, dunque, la multidimensionalità del fenomeno, il modello biopsicosociale non declina in maniera dicotomica la predisposizione di cure mediche e la rimozione di barriere socio-economiche. Insiste, piuttosto, sulla complementarità dei due interventi, ponendo l’inclusione ordinamentale della persona disabile in subordine rispetto al contestuale finanziamento del recupero individuale – realizzato mediante cure mediche incidenti sul dato biologico – e dell’adattamento collettivo – posto in essere grazie ad un lavoro di inclusione sociale. In più preme evidenziare che l’approccio in indagine non riconduce la disabilità alla persona complessivamente intesa, ma la circoscrive a quegli spazi in cui la persona incontra limitazioni o restrizioni. In altre parole, rispetto ad aree di vita in cui la persona è disabile senz’altro ve ne sono altre in cui quella stessa persona è perfettamente abile. Così F. MASCI, *La tutela costituzionale della persona disabile in federalismi.it*, 2020, 1, 158-159.

non discriminare, di pensare all'accessibilità, di creare, in sostanza, un panorama sociale favorevole al pieno godimento dei diritti e al rispetto dei principi di dignità, autonomia, indipendenza, non discriminazione, eguaglianza e parità di opportunità<sup>8</sup>.

E in ossequio a quanto previsto dal PNRR, alla fine del 2021 il Parlamento ha approvato all'unanimità la legge delega in materia di disabilità<sup>9</sup>, avente due obiettivi specifici ai fini di una piena inclusione: riordinare la disciplina sulla disabilità e semplificare i vari provvedimenti già in vigore.

Ci si trova, dunque, al cospetto di una vera e propria cornice legislativa per la riforma complessiva della materia. E la si può definire come la prima norma organica del nostro Paese che si propone di realizzare concretamente i principi della Convenzione Onu, secondo un approccio perfettamente aderente alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e alla "Strategia per i diritti delle persone con disabilità 2021-2030" presentata a marzo 2021 dalla Commissione Europea<sup>10</sup>. Dei tre decreti legislativi approvati in attuazione della delega sono già entrati in vigore il d.lgs. 13 dicembre 2023, n. 222 recante "*Disposizioni in materia di riqualificazione dei servizi pubblici per l'inclusione e l'accessibilità*" e il d.lgs. 5 febbraio 2024, n. 20 recante "*Istituzione dell'Autorità Garante nazionale dei diritti delle persone con disabilità*". Il **terzo decreto attuativo** ha una portata storica dal momento che interviene anche dal punto di vista del linguaggio normativo sulla disabilità, recependo espressamente nell'ordinamento nazionale la definizione di "persona con disabilità", coerentemente con l'approccio della Convenzione Onu, andando finalmente a sostituire i termini "handicap" e "handicappato", ove ricorrenti; in più introduce l'accomodamento ragionevole<sup>11</sup>, semplifica le procedure

<sup>8</sup> Art. 3, Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità.

<sup>9</sup> In data 31 Dicembre 2021 è entrata in vigore la legge 22 dicembre 2021, n. 227, recante "Delega al Governo in materia di disabilità", pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, Serie Generale n. 309 del 30 dicembre 2021.

<sup>10</sup> Si vedano G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2020; V. FALABELLA, *Una legge delega incentrata sui diritti*, in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10, 2.

<sup>11</sup> All'accomodamento ragionevole si ricorre in via residuale allorché il diritto della persona con disabilità non è in concreto pienamente esercitabile. Il decreto individua i soggetti legittimati a proporre istanza di accomodamento ragionevole, definisce i tratti essenziali dell'istituto e prevede che "avverso il diniego di accomodamento ragionevole o di rifiuto della proposta formulata dall'interessato da parte della pubblica amministrazione è ammesso ricorso per discriminazione ai sensi della legge 1° marzo

di accertamento (c.d. valutazione di base) e la valutazione multidimensionale<sup>12</sup> per l'elaborazione e l'attuazione del “Progetto di vita” individuale, personalizzato e partecipato.

### **3. L'approccio fiscale al tema della disabilità: inquadramento teorico e compatibilità delle agevolazioni con i principi costituzionali**

Senz'altro il legislatore tributario si mostra particolarmente attento e sensibile alla sfera delle persone con disabilità e dei loro familiari, prevedendo svariate agevolazioni fiscali nei loro confronti. Infatti nel momento in cui esprime capacità contributiva ex art. 53 Cost., la persona con disabilità è contribuente e in quanto tale è tenuta a concorrere alle spese sostenute dalla collettività per il funzionamento della struttura statale. Lo Stato però, riconoscendo le maggiori spese e oneri che il disabile si trova a sorreggere in ragione del suo stato di salute, definisce un insieme di interventi volti ad agevolarlo rispetto alla contribuzione fiscale.

Le agevolazioni racchiudono svariate questioni di assoluta rilevanza in campo tributario. Nel tentativo di arginare gli effetti indesiderati dei processi di mercato è, infatti, possibile intervenire sulla spesa e sulle entrate pubbliche, ricorrendo a finanziamenti o sovvenzioni assimilabili all'erogazione diretta di denaro per ragioni di interesse pubblico: la leva fiscale può altresì essere utilizzata per scopi di politica economica, attraverso agevolazioni tributarie con finalità extra-fiscali, che, di fatto, realizzino un finanziamento indiretto dato dalla minore entrata tributaria.

La previsione di un trattamento fiscale di favore rispetto a quello ordinariamente previsto, le cui disposizioni presentano carattere derogatorio rispetto alla normale disciplina dei singoli tributi o al sistema tributario generale, è dettata in funzione della tutela di interessi e del

---

2006, n. 67”.

<sup>12</sup> La valutazione multidimensionale è condotta secondo le indicazioni dell' International Classification of Diseases e dell'International Classification of Functioning, Disability and Health, ed è articolata in quattro fasi che comprendono la rilevazione degli obiettivi della persona con disabilità secondo i suoi desideri e le sue aspettative e l'individuazione del profilo di funzionamento (prima fase); la rilevazione di eventuali barriere e la capacità adattiva della persona (seconda fase); l'individuazione dei bisogni di sostegno (terza fase); la definizione degli obiettivi da realizzare con il progetto di vita nonché la costruzione delle misure e degli interventi da attivare anche in termini di valutazione degli esiti (quarta fase).

perseguimento di finalità ulteriori rispetto a quelle proprie previste per lo specifico presupposto. L'effetto di incentivazione della disciplina si fonda su un complesso procedimento interpretativo, dato che nessun tributo è mai totalmente neutrale, il quale ha un'incidenza inevitabile sulle scelte dei membri della collettività, incentivandole o scoraggiandole. Le agevolazioni tributarie, dettate da finalità di politica economica, sono giustificate da esigenze esterne al prelievo, in grado di realizzare vantaggi fiscali che, in determinate ipotesi, possono, a primo impatto, apparire estranei al principio di capacità contributiva<sup>13</sup>.

Il tributarista è chiamato ad occuparsi di agevolazioni poiché queste costituiscono il momento negativo o sottrattivo<sup>14</sup> dell'imposizione. Dunque rappresentano il completamento ineludibile della disciplina del tributo e, a livello normativo, non hanno altra fonte se non disposizioni di carattere tributario.

I problemi posti dalle agevolazioni, intese in senso ampio, attengono proprio alla natura delle norme, al rapporto tra norme generali e norme speciali e/o eccezionali, ai canoni interpretativi utilizzabili rispetto a tali norme, alla delimitazione della portata dei principi costituzionali propri della materia tributaria e al confronto degli stessi con le altre norme della Carta fondamentale, nonché alla qualificazione delle situazioni soggettive di Fisco e contribuente che nascono da quelle norme.

Al fine di studiare l'approccio fiscale del nostro legislatore al tema della disabilità, si ritiene opportuno offrire in primo luogo una classificazione, corredata anche da qualche esempio, delle varie agevolazioni fiscali in modo da rendere il lettore immediatamente edotto di ciò di cui si parla, per poi guidarlo ad una riflessione sulla legittimità costituzionale di tale trattamento apparentemente differenziato rispetto alla disciplina ordinaria di ciascun tributo.

Un utile criterio di distinzione delle varie categorie di agevolazione fiscale ha riguardo al tipo di **vantaggio fiscale** individuando le fattispecie a seconda che comportino un esonero completo dal pagamento del tributo, ovvero un abbattimento del carico fiscale, ovvero una semplificazione procedurale. In base a questo criterio si distinguono innanzitutto agevolazioni fiscali che comportano una

<sup>13</sup> R. ALFANO, *Agevolazioni fiscali in materia ambientale e vincoli dell'Unione Europea*, in *Rassegna Tributaria*, 2011, 2, 330.

<sup>14</sup> Secondo la qualificazione adottata da F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992, 35.

**non tassazione**, a loro volta suddivise in esenzioni<sup>15</sup> ed esclusioni<sup>16</sup>. Ancora secondo tale criterio si distinguono agevolazioni fiscali che determinano una **minore tassazione** agendo sull'**aliquota** (applicano aliquote preferenziali rispetto al trattamento ordinario, ad esempio l'aliquota IVA agevolata al 4% sull'acquisto dell'auto per disabili), sulla **base imponibile** (operando attraverso deduzioni, riduzioni, franchigie, abbattimenti alla base, forfettizzazioni costituite da un ammontare che il legislatore consente di sottrarre dall'imponibile complessivo in quanto, per la loro natura, sono riconosciute inidonee a costituire materia imponibile), sull'ammontare dell'**imposta lorda** attraverso riduzioni, detrazioni, e crediti d'imposta.

Le **riduzioni** implicano l'applicazione di una percentuale normativamente stabilita di riduzione sull'ammontare dell'imposta normale. Le **detrazioni** consistono in importi di ammontare predeterminato (fisso o tramite una percentuale) che il soggetto passivo può sottrarre dall'imposta lorda: si pensi alle spese sostenute per l'acquisto dell'auto o di mezzi di ausilio alla persona con disabilità dall'Irpef.

Il **credito d'imposta** rappresenta un credito che insorge in capo al contribuente in quanto beneficiario di un incentivo o bonus fiscale erogato dallo Stato e che, in quanto tale, può essere destinato a compensare le imposte dovute, nonché dare diritto al rimborso dell'eventuale eccedenza.

Si distinguono poi agevolazioni fiscali che comportano una modifica favorevole al contribuente delle modalità e dei tempi di adempimento dell'obbligazione tributaria, senza peraltro modificarne l'en-

<sup>15</sup> Le **esenzioni** sono determinate da disposizioni normative speciali che sottraggono all'applicazione del tributo fattispecie che altrimenti sarebbero imponibili. La conseguenza di una esenzione è la non applicazione di un'imposta: si pensi alle esenzioni dal pagamento del bollo auto e dall'imposta di trascrizione sui passaggi di proprietà previste nell'ipotesi in cui risultino intestatari dell'auto la persona con disabilità o il familiare del quale essa è fiscalmente a carico. Le stesse norme di esenzione si configurano come autonome disposizioni speciali - derogatorie rispetto a quelle generali - volte a differenziare la disciplina di specifiche situazioni in ragione della rilevanza ad esse riservata. L'esenzione può a sua volta distinguersi in soggettiva o oggettiva: l'esenzione fiscale soggettiva deriva da un particolare status del soggetto passivo d'imposta, mentre quella oggettiva deriva dal presupposto di fatto del tributo.

<sup>16</sup> Le **esclusioni**, si riferiscono a situazioni sostanzialmente estranee alla norma impositiva per l'assenza di elementi fondamentali o perché il presupposto è già colpito da un altro tributo. La norma di esclusione chiarisce i limiti di applicabilità del tributo, partecipa ad una migliore identificazione del presupposto di fatto e dei soggetti sottoposti all'imposta senza derogare al trattamento tributario ordinario. Si veda P. BORIA, *Il sistema tributario*, Utet, Torino, 2008, 1038.

tità, come ad esempio la dilazione di pagamento. Queste vengono ricondotte nell'ambito delle agevolazioni fiscali perché la dilazione dei tempi di pagamento implica un beneficio economico.

E ancora, va richiamata la possibile natura agevolativa delle disposizioni che prevedono **forme di tassazione sostitutiva** (regimi sostitutivi, o vere e proprie imposte sostitutive; condoni). Sono molteplici le motivazioni alla base dell'istituzione di tali forme alternative di tassazione: in sostanza l'applicazione del regime sostitutivo può comportare un'agevolazione per il contribuente, senza dubbio rispetto alla semplificazione degli oneri connessi all'applicazione del tributo, se non anche con riferimento alla entità stessa del prelievo; spesso, poi, la fruizione del regime sostitutivo è rimessa all'opzione del contribuente stesso, proprio perché a monte non è immediatamente individuabile il vantaggio derivante dal regime sostitutivo ovvero quest'ultimo determina nel contempo vantaggi (sul piano degli adempimenti) e svantaggi (sul piano dell'entità della contribuzione)<sup>17</sup>.

Un'ulteriore criterio di distinzione si basa invece sulla **natura della misura** individuando agevolazioni **sogettive**, le quali prevedono un trattamento giustificato dal conseguimento di finalità extragiuridiche, in virtù di condizioni o qualità di una persona o di una categoria o gruppo di persone che altrimenti rientrerebbero tra i soggetti passivi del tributo sottoposti al trattamento ordinario meno favorevole; ed **oggettive**, il cui trattamento di favore è legittimato dal perseguimento di finalità promozionali che si concentrano su determinate situazioni di fatto (oggetto dell'imposta).

Operata tale classificazione occorre ora riflettere sul fondamento delle agevolazioni previste per finalità sociali ed economiche, le quali a prima vista trovano legittimità nella tutela di valori costituzionali diversi rispetto a quelli posti alla base dell'imposizione: tali istituti, infatti, vengono considerati costituzionalmente legittimi solo se la deroga ai principi di uguaglianza sostanziale e di capacità contributiva, con violazione del dovere di concorrere alla spesa pubblica, trovi razionale e congrua giustificazione in altri principi equiordinati se non prevalenti. In realtà vedremo come non possa parlarsi propriamente di deroga ai principi di capacità contributiva ed uguaglianza quanto piuttosto di previsioni, quelle volte ad agevolare la persona con disabilità, che si collocano in un'ottica espressiva, potrebbe dirsi

<sup>17</sup> M. BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni, esclusioni*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, 2, 421-ss.

di ottemperanza, di tali e altri principi costituzionali. Bisogna dunque verificare la ragionevolezza ed equità del trattamento derogatorio, alla luce del principio di uguaglianza. I trattamenti differenziati e di favore trovano spesso fondamento nella funzione di intervento dell’azione statale, tendente alla rimozione delle disuguaglianze di fatto, che può essere svolta attraverso la leva fiscale, atteso che all’interno della Costituzione vi sono svariate indicazioni al legislatore ordinario che giustificano un trattamento differenziato sotto il profilo fiscale. Tra queste va indubbiamente annoverata la tutela della persona con disabilità, e allora è bene richiamare le disposizioni costituzionali che in tal senso vengono in rilievo.

Innanzitutto è possibile includervi la più volte sopraccitata Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità poiché funge da parametro interposto nei giudizi di costituzionalità, ai sensi dell’art. 117, primo comma, Cost.<sup>18</sup>. Dalla Carta emerge un’esigenza, riconosciuta anche dalla Corte costituzionale, ‘di conformare i vari ordinamenti interni in chiave non già meramente protettiva delle persone con disabilità, ma piuttosto in una prospettiva dinamica e promozionale, volta a garantire a ciascuna di esse la più efficace non discriminazione, non solo sul piano formale ma su quello delle effettive condizioni di esistenza: attraverso, cioè, anzitutto, il pieno e integrale riconoscimento di diritti e di tutele che, in quanto fondamentali, non possono non essere adeguate alla dignità di qualsiasi persona in quanto tale, ma anche attraverso la predisposizione di misure idonee a compensare, per quanto possibile, e nelle forme più compatibili, la condizione di chi si trovi così particolarmente svantaggiato<sup>19</sup>, finalità che, risultano pienamente compatibili con quanto dispone la nostra Costituzione<sup>20</sup>.

Quanto invece all’art. 3 Cost., esso contiene il riconoscimento del principio di eguaglianza, sia nella dimensione c.d. formale per cui “tutti sono eguali davanti alla legge” che in quella c.d. sostanziale di cui al secondo comma. L’eguaglianza non è più intesa unicamente quale obbligo per le istituzioni, a cominciare dal legislatore, di trattare

<sup>18</sup> Sul punto, P. ADDIS, *La Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza n. 2/2016*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 2016, 2; G. ARCONZO, *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2020, 62-ss.

<sup>19</sup> Corte Cost., 1° dicembre 2016, n. 2.

<sup>20</sup> Così E. ROSSI, *Lo statuto costituzionale della persona con disabilità: brevi considerazioni su un disegno di legge*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 1, 372. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

in modo eguale situazioni eguali o simili, ma anche quale dovere di regolare in modo diverso situazioni diverse: in tale prospettiva, “il cuore e la funzione del principio di eguaglianza si spostano dal piano dei rapporti formali tra la legge e i cittadini (...) a quello della considerazione delle situazioni di diseguaglianza di ordine economico e sociale in cui essi vivono, che impone al legislatore di rimuoverle, mediante interventi riequilibratori”<sup>21</sup>. È questo il significato da attribuire all’art. 3, secondo comma, Cost. quando afferma che “è compito della Repubblica rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitando di fatto la libertà e l’eguaglianza dei cittadini impediscono il pieno sviluppo della persona umana e la partecipazione effettiva di tutti i lavoratori all’organizzazione, politica economica e sociale del Paese”.

Una riflessione in tema di principi costituzionali potrebbe essere condotta anche a proposito delle libertà fondamentali.

Se, nella libertà personale ex art. 13 Cost. “è postulata la sfera di esplicazione del potere della persona di disporre del proprio corpo”<sup>22</sup>, e le libertà di circolazione e soggiorno “altro non sono che manifestazioni della libertà personale”<sup>23</sup>, risulta impossibile non attribuire rilevanza a tali libertà rispetto al tema delle barriere architettoniche e delle connesse esigenze di abbattimento. Non si può guardare all’affermazione di tali diritti nella dimensione esclusiva di una libertà “negativa”, ma bisogna coglierla, con riferimento alle condizioni personali di coloro che hanno difficoltà di deambulazione autonoma, come doveroso impiego di tutte le misure aventi come obiettivo il loro pieno godimento, secondo l’evoluzione degli strumenti tecnici e tecnologici. Né bisogna trascurare la strumentalità e la funzionalità di tali libertà all’esercizio di altre libertà: istruirsi, svolgere attività ludiche o sportive, socializzare. È dunque riduttivo lo scopo annunciato dal primo tentativo normativo di eliminare le barriere architettoniche ex art. 27 legge 30 marzo 1971, n. 118 con il riferirsi alla necessità di “facilitare la vita di relazione”: e analogamente deve dirsi per il relativo regolamento di attuazione ai sensi del DPR 27 aprile 1978, n. 384, che ne motivava l’abbattimento in quanto “di ostacolo alla vita di relazione dei minorati”. È stata a legge 5 febbraio 1992, n. 104, all’art. 8 ad offrire una maggiore apertura individuando nelle misure finalizzate all’abbattimento

<sup>21</sup> P. CARETTI, *Eguaglianza e diritti sociali*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni magistrali di Diritto costituzionale*, Mucchi, Modena, 2014, 35.

<sup>22</sup> Corte Cost., 22 ottobre 1990, n. 471.

<sup>23</sup> Corte Cost., 30 giugno 1960, n. 45.

delle barriere sia fisiche che architettoniche l’obiettivo di assicurare “l’inserimento e l’integrazione sociale della persona handicappata”: più correttamente deve dirsi che l’eliminazione delle barriere di ogni tipo è funzionale alla garanzia di tutti i diritti della persona, e perciò alla tutela della propria dignità<sup>24</sup>. Ciò è stato riconosciuto dalla Corte Costituzionale nel momento in cui ha affermato che l’accessibilità rappresenta “una qualitas essenziale degli edifici privati di nuova costruzione a uso di civile abitazione, quale conseguenza dell’affermarsi, nella coscienza sociale, del dovere collettivo di rimuovere, preventivamente, ogni possibile ostacolo alla esplicazione dei diritti fondamentali delle persone affette da handicap fisici”<sup>25</sup>; mentre in una successiva pronuncia essa ha ricondotto la normativa sul superamento delle barriere architettoniche “all’esigenza di una generale salvaguardia della personalità e dei diritti dei disabili avente base costituzionale nella garanzia della dignità della persona umana”<sup>26</sup>. Gli art. 13 e 16 Cost., così interpretati, sono dunque strettamente legati al principio personalista e alla connessa garanzia della dignità umana. Ma non è soltanto il tema dell’abbattimento delle barriere architettoniche ad essere interessato dalle libertà richiamate: si consideri il legame tra diritto all’istruzione e strumenti volti a garantire lo spostamento delle persone con disabilità: la Corte costituzionale con sentenza n. 275 del 2016 ha evidenziato a tal proposito come “il servizio di trasporto scolastico e di assistenza per lo studente disabile (...) costituisce una componente essenziale ad assicurare l’effettività” del suo diritto all’istruzione<sup>27</sup>.

Venendo poi alle disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dei cittadini dell’Unione Europea e tralasciando l’art. 21 che costituisce la “versione europea” del principio di eguaglianza, espresso nella sua versione “negativa”, ossia con un elenco di discriminazioni vietate, si osserva invece che l’art 26 è precipuamente rivolto ai soggetti con disabilità, impegnando l’Unione a riconoscere e rispettare “il diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l’autonomia,

<sup>24</sup> E. ROSSI, *Lo “statuto costituzionale della persona con disabilità”: brevi considerazioni su un disegno di legge*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 1, 379.

<sup>25</sup> Corte Cost., 10 maggio 1999, n. 167.

<sup>26</sup> Corte Cost., 25 giugno 2008, n. 251. Si veda anche sul tema dell’accessibilità C. REDÌ, *L’accessibilità nelle politiche per i soggetti disabili*, in E. ROSSI, V. CASAMASSIMA (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance*, Pisa University Press, Pisa, 2013, 315-ss.

<sup>27</sup> E. ROSSI, *Lo “statuto costituzionale della persona con disabilità”: brevi considerazioni su un disegno di legge*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 1, 380.

*l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità*". Pure tale disposizione può indubbiamente essere ritenuta come fondante e legittimante l'impiego di azioni positive volte a garantire la realizzazione di forme di uguaglianza sostanziale. L'eguaglianza, infatti, non si consegue soltanto evitando l'adozione di misure discriminatorie, ma anche prevedendo misure finalizzate a rimuovere le condizioni di disparità effettivamente esistenti.

"La verità è che già nella definizione del fatto imponibile, nella strutturazione delle aliquote, nella individuazione dei soggetti passivi, il legislatore attinge largamente a considerazioni di carattere non strettamente fiscale, articolando la disciplina in considerazione della opportunità di un riparto che tenga conto delle esigenze sociali ed economiche dalle quali il tributo nasce, e degli effetti sociali ed economici che il tributo svolge"<sup>28</sup>. Con riferimento alle imposte sui redditi, dove risulta difficile individuare il regime ordinario del tributo in virtù della rinuncia del legislatore ad offrire una definizione teorica dell'oggetto della tassazione, pare che le regole di determinazione del reddito di alcune categorie non possano essere concepite come agevolative (si pensi ai redditi fondiari, la cui effettiva quantificazione è pure, di fatto, spesso vantaggiosa per il contribuente) così come potrebbe essere posta in dubbio la natura agevolativa di regimi, quale quello della tassazione separata, aventi funzione perequativa e correttiva delle incongruenze derivanti da una rigida applicazione del modello teorico. La riflessione si complica con riferimento all'applicazione di aliquote progressive destinate a colpire il reddito complessivo del soggetto, coinvolta da così tante deroghe da renderci quantomeno scettici sul fatto che queste ultime possano effettivamente essere definite alla stregua di trattamenti agevolati, posto che le esigenze - non solo extrafiscali - cui le stesse ottemperano assumono ormai una rilevanza tale nella stessa strutturazione del prelievo da poter essere ritenute principi concorrenti alla definizione della stessa struttura del tributo immaginata fino alla loro introduzione e generalizzazione e necessari per perequare le varie forme di tassazione del rendimento degli investimenti in attività economiche e finanziarie. Insomma pare che acquisisca rilevanza prioritaria la valutazione delle disposizioni stesse nel contesto del sistema normativo di riferimento, considerando in primo luogo la funzione della norma della cui portata

<sup>28</sup> Così M. BASILAVECCHIA, *A agevolazioni, esenzioni, esclusioni*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, 2, 421-ss.

si discute e soffermandosi poi sul rapporto tra la generalità delle fattispecie regolate in modo ordinario e quelle invece sottoposte al trattamento derogatorio; affinché sia tale, quest'ultimo deve avere una funzione di favore, sottraendo al regime comune, per ragioni estranee a quelle recepite nella strutturazione essenziale del singolo prelievo, le ipotesi ritenute meritevoli - per ragioni comunque extrafiscali - di ottenere una attenuazione della tassazione e/o degli oneri formali ad essa connessi<sup>29</sup>. Ecco perché in tali fattispecie potrebbe parlarsi di deroga soltanto apparente.

In altri termini abbiamo visto come i parametri costituzionali che incidono sulle scelte del legislatore sono rappresentati dal principio di capacità contributiva e dal principio di eguaglianza, in correlazione tra loro. Atteso che dottrina e giurisprudenza sono concordi nell'ammettere la compatibilità di principio tra l'art. 53 Cost. e la previsione di agevolazioni dettate anche da ragioni extrafiscali, la discussione si riduce a valutare se la disciplina agevolativa, in quanto derogatoria al dovere di concorrere alla spesa pubblica, che ha carattere generale, debba avere necessariamente una giustificazione in altri principi costituzionali equiordinati, se non addirittura prevalenti, rispetto all'art. 53 della Costituzione. Si ammettono, pertanto, trattamenti differenziati e di favore, il cui fondamento anzi lo si rinviene frequentemente proprio nella funzione promozionale dell'azione statale volta alla rimozione delle diseguaglianze di fatto, che può senz'altro essere svolta con la manovra della leva fiscale. È infatti abbastanza agevole trovare in Costituzione raccomandazioni al legislatore quali la tutela del lavoro, del risparmio, della famiglia, legittimanti un trattamento differenziato sotto il profilo fiscale.

Se è diffusamente pacifica la legittimità di norme agevolative di questo tipo, i criteri mediante i quali il conflitto viene volta per volta risolto sono differenti. Alcuni Autori infatti affermano che la norma agevolativa si giustifichi solo accertando preventivamente la ridotta capacità contributiva evidenziata dalla fattispecie agevolata<sup>30</sup>, altri invece ritengono che le motivazioni extrafiscali legittimino un carico fiscale più contenuto a vantaggio di situazioni di fatto che evidenziano capacità contributiva non minore di quelle tassate in maniera ordinaria<sup>31</sup>, dal momento che in realtà l'art. 53 Cost. non

<sup>29</sup> M. BASILAVECCHIA, *Agevolazioni, esenzioni, esclusioni*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, 2, 421-ss.

<sup>30</sup> F. FICHERA, *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992

<sup>31</sup> S. LA ROSA, *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di diritto tributario* diretto da A. AMA-

sarebbe in alcun modo implicato dalle disposizioni agevolative, assumendo piuttosto rilevanza il problema di vagliare ragionevolezza ed equità del trattamento derogatorio, soprattutto alla luce dell'art. 3 della Costituzione.

In ogni caso gli incentivi e i sostegni indiretti a favore delle persone con disabilità attraverso forme di detrazione, deduzione e crediti d'imposta sono sempre più puntuali e soprattutto stabili e permanenti. Scopo del presente lavoro è quello di passarli in rassegna: ciò consentirà di leggere in essi un cambiamento culturale importante che sta coinvolgendo ormai da anni il nostro sistema normativo, nonché comprendere come la fiscalità possa favorire la mobilità dentro e fuori la propria abitazione, facilitare gli scambi e l'interazione sociale e, più in generale, migliorare la qualità della vita delle persone con disabilità e delle loro famiglie.

#### 4. Agevolazioni fiscali per il settore auto

Attese le anzidette stime per il futuro rispetto all'uso dell'auto, si considerino in primo luogo le agevolazioni fiscali previste per il settore automotive con l'obiettivo di favorire la mobilità sostenibile delle persone con disabilità. Queste possono riguardare i seguenti veicoli: autovetture, autoveicoli per il trasporto promiscuo, autoveicoli specifici, autocaravan, motocarrozette, motoveicoli per trasporto promiscuo, motoveicoli per trasporti specifici.

Possono beneficiarne le persone:

1. non vedenti<sup>32</sup>;
2. sorde<sup>33</sup>;
3. con disabilità psichica o mentale titolari dell'indennità di accompagnamento;
4. con grave limitazione della capacità di deambulazione o pluriam-

---

TUCCI, Padova, 1994, I, 401.

<sup>32</sup> Si considerano non vedenti le persone colpite da cecità assoluta, parziale, o che hanno un residuo visivo non superiore a un decimo a entrambi gli occhi con eventuale correzione. Gli articoli 2, 3 e 4 della legge 3 aprile 2001, n. 138 individuano esattamente le varie categorie di non vedenti, fornendo la definizione di ciechi totali, parziali e ipovedenti gravi.

<sup>33</sup> Per definire una persona come sorda occorre far riferimento alla legge 26 maggio 1970, n. 381 (circolare dell'Agenzia delle entrate n. 3/E del 2 marzo 2016), che all'art. 1, comma 2, recita testualmente "...si considera sordo il minorato sensoriale dell'udito affetto da sordità congenita o acquisita durante l'età evolutiva...".

putate<sup>34</sup>;

5. con ridotte o impedito capacità motorie<sup>35</sup>.

Le agevolazioni vengono concesse a patto che i veicoli siano impiegati, in via esclusiva o prevalente, a vantaggio della persona con disabilità. Qualora quest’ultimo sia fiscalmente a carico di un familiare<sup>36</sup>, può usufruire delle agevolazioni lo stesso familiare che ha sostenuto la spesa.

Al fine di individuare tanto il diritto alle agevolazioni fiscali quanto le condizioni per accedervi (ad esempio se l’adattamento dei veicoli sia obbligatorio o meno) è essenziale che dai verbali di “invalidità” o di “handicap” emerga l’espresso riferimento alle fattispecie previste dal legislatore.

La strutturazione consolidata raggiunta dai verbali di handicap e di invalidità ha reso senza dubbio più agevole tale analisi in virtù dell’adozione di definizioni più omogenee: se nel verbale di invalidità è presente l’indicazione che trattasi di *“persona con ridotte o impedito capacità motorie”*, questa ha diritto ad accedere alle agevolazioni fiscali sui veicoli purché il mezzo venga adattato stabilmente al trasporto di persone con disabilità; in alternativa, il veicolo deve essere adatto alla guida secondo le prescrizioni della Commissione preposta al riconoscimento dell’idoneità alla guida. Se invece si tratta di *“persona affetta da handicap psichico o mentale di gravità tale da aver determinato l’indennità di accompagnamento”* o *“persona affetta da grave limitazione della capacità di deambulazione o da pluriamputazioni”*<sup>37</sup>, il veicolo non deve obbligatoriamente essere adattato al trasporto per beneficiare delle agevolazioni.

#### 4.1 La detrazione Irpef per i mezzi di locomozione

<sup>34</sup> Ai punti 3 e 4 sono indicate le persone che hanno la certificazione di disabilità grave ex articolo 3, comma 3 della legge 5 febbraio 1992, n. 104, rilasciata con verbale dalla Commissione medica istituita ai sensi dell’articolo 4 della legge n. 104/1992. In particolare, le persone di cui al punto 4 sono quelle con disabilità grave derivante da patologie - pluriamputazioni incluse - che comportano una limitazione permanente della capacità di deambulazione.

<sup>35</sup> Si tratta di coloro che presentano ridotte o impedito capacità motorie ma che non risultano contemporaneamente “affetti da grave limitazione della capacità di deambulazione”. Per tale categoria il diritto alle agevolazioni è condizionato all’adattamento del veicolo.

<sup>36</sup> Essere fiscalmente a carico significa possedere un reddito annuo non superiore a € 2.840,51 o a € 4.000, dal 1° gennaio 2019, per i figli di età non superiore a 24 anni.

<sup>37</sup> art. 30, comma 7, legge 23 dicembre 2000, n. 388 - estensione delle agevolazioni fiscali nel settore auto per le persone con disabilità psichica o mentale.

La persona con disabilità ha diritto a una detrazione dall'Irpef pari al 19% del costo sostenuto per l'acquisto dei mezzi di locomozione<sup>38</sup> da calcolare su una spesa massima di € 18.075,99. Tale detrazione viene riconosciuta soltanto una volta, ossia per un solo veicolo, nell'arco di quattro anni decorrenti dalla data di acquisto.

È concessa la possibilità di conseguire nuovamente il beneficio per acquisti effettuati entro il quadriennio, nella sola ipotesi in cui il veicolo precedentemente acquistato risulti cancellato dal Pubblico Registro Automobilistico<sup>39</sup> in data anteriore al secondo acquisto perché destinato alla demolizione. L'agevolazione non spetta, invece, laddove il veicolo sia stato cancellato dal PRA al fine di esportarlo all'estero.

Nelle ipotesi di furto e mancato ritrovamento, la detrazione per il veicolo riacquistato entro i quattro anni – ancora da calcolarsi su una spesa massima di € 18.075,99 – è prevista al netto dell'eventuale rimborso assicurativo e, qualora residuassero alcune rate rispetto all'acquisto del veicolo rubato il contribuente potrà continuare a detrarre.

Purché sia trascorso almeno un quadriennio dalla data dell'acquisto agevolato, si ha l'opportunità di beneficiare di una nuova detrazione per gli acquisti successivi, senza necessità di vendere il precedente veicolo.

Quando non occorre l'adattamento del veicolo ai fini della detrazione, si applica la soglia dei € 18.075,99 unicamente per il costo di acquisto del veicolo: non vi rientrano le ulteriori spese per interventi di adattamento necessari a consentire l'utilizzo del mezzo (per esempio, la pedana sollevatrice). Per tali spese è comunque conseguibile un altro tipo di detrazione, anche questa del 19%, prevista per gli altri mezzi necessari alla locomozione e al sollevamento della persona con disabilità. La detrazione può essere usufruita interamente nel periodo d'imposta in cui si è acquistato il veicolo oppure in quattro quote annuali dello stesso importo<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> Per mezzi di locomozione si intendono le autovetture, senza limiti di cilindrata, e gli altri veicoli sopra elencati, usati o nuovi.

<sup>39</sup> D'ora in avanti per abbreviazione PRA.

<sup>40</sup> Se il beneficiario ha optato per una ripartizione della spesa in 4 rate e muore prima di aver goduto per intero della detrazione, l'erede tenuto a presentare la dichiarazione dei redditi della persona con disabilità deceduta ha la possibilità di detrarre in un'unica soluzione le rate residue.

Se il veicolo viene ceduto a titolo oneroso o gratuito prima che siano trascorsi due anni dall'acquisto, bisogna versare la differenza fra l'imposta dovuta in assenza di agevolazioni e quella risultante dalla loro concessione. Se però la persona, per il sopravvenire di mutate esigenze connesse alla propria disabilità, effettua il trasferimento del veicolo al fine di comperarne un altro sul quale effettuare nuovi e diversi adattamenti, tale ultima disposizione non viene applicata. Tuttavia, pure in tale fattispecie non si può agevolare l'acquisto del veicolo anteriormente alla decorrenza dei quattro anni dal precedente acquisto, ad eccezione dei casi di cancellazione del veicolo dal PRA per demolizione e furto. Il soggetto che abbia ereditato un'auto acquistata del genitore con disabilità fruendo delle agevolazioni e che decida di rivenderla prima che siano trascorsi i due anni richiesti dalla norma non è obbligato poi alla restituzione del beneficio.

La detrazione Irpef spetta non solo per le spese di acquisto ma anche per quelle di riparazione del mezzo<sup>41</sup>. Restano esclusi, comunque, i costi di ordinaria manutenzione e i costi di esercizio quali carburante, lubrificante, premio assicurativo. Pure in tale ipotesi la detrazione viene garantita nel limite di spesa di € 18.075,99, all'interno del quale vanno inclusi tanto il costo d'acquisto del veicolo quanto le spese di manutenzione straordinaria dello stesso.

## 4.2 Iva agevolata sull'acquisto di autovetture

Si applica l'Iva ridotta al 4%, anziché al 22%, sull'acquisto di autovetture nuove o usate, che presentano cilindrata fino a: i) 2.000 cm<sup>3</sup>, se con motore a benzina o ibrido; ii) 2.800 cm<sup>3</sup>, se con motore diesel o ibrido; iii) di potenza non superiore a 150 kW se con motore elettrico<sup>42</sup>.

<sup>41</sup> Le spese per riparazioni possono essere detratte solo se sono state sostenute entro 4 anni dall'acquisto del mezzo. Esse non possono essere rateizzate ma devono essere indicate nella dichiarazione dei redditi relativa all'anno di sostenimento delle spese.

<sup>42</sup> L'impresa che vende il veicolo con l'aliquota Iva agevolata deve:

i) emettere fattura con l'indicazione, a seconda dei casi, che si tratta di operazione effettuata ai sensi della legge 97/1986 e della legge 449/1997, ovvero della legge 342/2000 o della legge 388/2000. Per le importazioni gli estremi della legge 97/1986 devono essere annotati sulla bolletta doganale; ii) comunicare all'Agenzia delle entrate la data dell'operazione, la targa del veicolo, i dati anagrafici e la residenza dell'acquirente. La comunicazione va trasmessa all'ufficio dell'Agenzia territorialmente competente, in base alla residenza dell'acquirente, entro 30 giorni dalla data della vendita o dell'importazione.

L'Iva al 4% può essere applicata anche: i) all'acquisto contestuale di optional; ii) alle prestazioni di adattamento di veicoli non adattati, già posseduti dalla persona con disabilità (pure se superiori ai citati limiti di cilindrata); iii) alle cessioni di strumenti e accessori utilizzati per l'adattamento<sup>43</sup>.

L'aliquota agevolata viene applicata unicamente sugli acquisti effettuati direttamente dal disabile o dal familiare del quale è fiscalmente a carico. Infatti gli autoveicoli intestati ad altre persone, a società commerciali, cooperative, enti pubblici o privati, ancorché specificamente destinati al trasporto di disabili, non sono coperti dall'agevolazione.

L'Iva ridotta per l'acquisto di veicoli è applicabile, senza alcun limite di prezzo, una volta soltanto nell'arco di un quadriennio decorrente dalla data di acquisto. Si può conseguire nuovamente il beneficio rispetto ad acquisti effettuati entro quattro anni nella sola ipotesi in cui il primo veicolo agevolato sia stato cancellato dal PRA al fine di essere demolito. Se invece il veicolo è stato cancellato dal PRA perché esportato all'estero, l'agevolazione non spetta.

Analogamente a quanto disposto a proposito della detrazione dall'Irpef, anche ai fini Iva è prevista la possibilità di conseguire una seconda volta l'agevolazione per il riacquisto entro quattro anni in caso di furto e non ritrovamento del veicolo che era stato acquistato grazie alle agevolazioni fiscali. In tale fattispecie, occorre esibire al concessionario la denuncia di furto del veicolo e la registrazione della "perdita di possesso" effettuata dal PRA.

In caso di cessione del veicolo anteriormente alla decorrenza di un biennio dall'acquisto, occorre versare la differenza fra l'imposta dovuta in assenza di agevolazioni (22%) e quella risultante dall'applicazione delle agevolazioni stesse (4%), ad eccezione dell'ipotesi in cui la persona, all'esito di mutate esigenze connesse alla propria disabilità, trasferisca il veicolo al fine di comperarne un altro sul quale operare nuovi e diversi adattamenti. Invece, colui il quale abbia ereditato il veicolo dal disabile e lo ceda anteriormente alla decorrenza dei due anni dall'acquisto con Iva al 4%, non rischia l'insorgenza dell'obbligo di versare la differenza d'imposta.

Il legislatore ha disposto l'agevolazione dell'Iva ridotta al 4% anche per l'acquisto del veicolo in leasing, a patto che il contratto di leasing

---

<sup>43</sup> In aggiunta l'aliquota agevolata del 4% può essere applicata alla riparazione degli adattamenti realizzati sulle autovetture delle persone con disabilità e alle cessioni dei ricambi relativi agli stessi adattamenti.

sia di tipo “traslativo”<sup>44</sup>. È essenziale, infatti, che le clausole contrattuali dispongano con chiarezza la volontà delle parti di cedere all'utilizzatore la proprietà del veicolo attraverso il riscatto che va esercitato al termine della durata della locazione finanziaria. In tale fattispecie la società di leasing potrà applicare l'aliquota agevolata sia sul prezzo di riscatto sia sui canoni di locazione finanziaria<sup>45</sup>.

In più, ai fini dell'applicazione dell'Iva al 4%, è necessario che, al momento della stipula del contratto di leasing, il beneficiario esibisca alla società la documentazione prevista e che ricorrano le altre condizioni prescritte dalla legge quale ad esempio l'annotazione sulla carta di circolazione degli eventuali adattamenti del veicolo. La società di leasing, a sua volta, dovrà comunicare all'Agenzia delle entrate i dati identificativi dell'operazione.

Dal giorno della stipula del contratto decorrono sia il quadriennio durante il quale il beneficiario non può godere nuovamente dell'agevolazione sia il biennio nel corso del quale egli è tenuto a conservare la disponibilità del veicolo. Il mancato rispetto di tale ultima condizione provoca la decadenza dal beneficio, ad eccezione dell'ipotesi in cui il trasferimento sia determinato dall'occorrenza di nuovi o diversi adattamenti del mezzo.

### **4.3 L'esenzione dal pagamento del bollo e dall'imposta di trascrizione sui passaggi di proprietà**

Per gli stessi veicoli di cui sopra è prevista l'esenzione dal pagamento del bollo auto sia quando l'autovettura è intestata alla persona con disabilità sia quando l'intestatario è un familiare del quale questa è fiscalmente a carico. La competenza per la concessione dell'esenzione spetta all'ufficio tributi dell'ente Regione. Nelle regioni in cui tali uffici non sono stati istituiti l'interessato può fare riferimento all'ufficio territoriale dell'Agenzia delle entrate.

In caso di possesso di più veicoli, il disabile ha diritto all'esenzione per uno solo di essi indicando, al momento della presentazione della documentazione, la targa dell'auto prescelta<sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> A. MANCINO, G. SEPIO, *Agevolazioni fiscali/2. Acquisto auto con detrazione Irpef e Iva ridotta al 4%, ma con limiti* in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10, 12.

<sup>45</sup> Agenzia delle entrate - risoluzione n. 66/E del 20 giugno 2012 in tema di locazione finanziaria di autoveicoli alle persone con disabilità.

<sup>46</sup> A. MANCINO, G. SEPIO, *Agevolazioni fiscali/2. Acquisto auto con detrazione Irpef e Iva ridotta al 4%, ma con limiti* in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10, 12.

Gli autoveicoli dei quali siano intestatari altri soggetti, pubblici o privati, come enti locali, cooperative, società di trasporto, taxi poli-funzionali, non sono inclusi nell'esenzione, ancorché specificamente destinati al trasporto di disabili.

Al fine di beneficiare dell'esenzione in commento la persona con disabilità deve, unicamente per il primo anno, presentare la documentazione prescritta presso l'ufficio competente entro 90 giorni dalla scadenza del termine entro il quale avrebbe dovuto effettuare il pagamento. Una volta riconosciuta, l'esenzione è valida anche per gli anni successivi: non occorre che l'interessato ripresenti l'istanza e invii nuovamente la documentazione. Tuttavia, a partire da quando vengono meno le condizioni per fruire dell'esenzione – per esempio perché l'auto viene venduta – il beneficiario è obbligato a comunicare l'avvenuta decadenza allo stesso ufficio al quale aveva richiesto l'agevolazione. Gli uffici riceventi l'istanza trasmettono al sistema informativo dell'Anagrafe tributaria i dati contenuti nella stessa ossia protocollo e data, codice fiscale del richiedente, targa e tipo di veicolo, eventuale codice fiscale del proprietario di cui il richiedente è fiscalmente a carico. Hanno inoltre l'obbligo di notificare gli interessati sia dell'inserimento del veicolo tra quelli esentati sia dell'eventuale non accoglimento dell'istanza. Non occorre che venga esposto sull'auto alcun avviso o contrassegno volto a segnalare che il mezzo è esentato dal pagamento del bollo.

I veicoli destinati al trasporto o alla guida di persone con disabilità godono anche dell'esenzione dal pagamento dell'imposta di trascrizione al Pubblico Registro Automobilistico dovuta per la registrazione dei passaggi di proprietà. Il beneficio viene concesso tanto per la prima iscrizione al PRA di un veicolo nuovo quanto per la trascrizione di un passaggio di proprietà di un veicolo usato.

L'esenzione, la cui istanza va presentata esclusivamente al PRA territorialmente competente, viene riconosciuta pure nell'ipotesi di intestazione del veicolo al familiare del quale la persona con disabilità è fiscalmente a carico. Non è tuttavia concessa per i veicoli dei non vedenti e dei sordi.

#### **4.4 Agevolazioni al familiare della persona con disabilità**

Il familiare che sorregge la spesa ha la possibilità di usufruire delle agevolazioni in ambito Irpef, Iva, bollo e imposta di trascrizione, purché la persona con disabilità sia a suo carico ai fini fiscali. In tale

ipotesi, il documento che attesta l'esborso è intestabile indifferentemente alla persona con disabilità o al familiare del quale risulti a carico.

Per ritenerla “fiscalmente a carico” la persona con disabilità deve avere un reddito complessivo annuo non superiore a € 2.840,51 (€ 4.000, dal 1° gennaio 2019, per i figli di età non superiore a 24 anni). Ai fini del raggiungimento di tale limite non si considerano i redditi esenti, quali ad esempio le pensioni sociali, le indennità (incluse quelle di accompagnamento), le pensioni e gli assegni erogati ai ciechi civili, ai sordi e agli invalidi civili. Se si eccede il limite di reddito, soltanto la persona con disabilità avrà diritto alle agevolazioni: per poterne beneficiare è necessario, quindi, che i documenti di spesa vengano intestati a lei e non al suo familiare<sup>47</sup>.

#### **4.5 Adattamento del veicolo per le persone con ridotte o impedito capacità motorie**

Rispetto a chi ha ridotte o impedito capacità motorie ma non risulta affetto da grave limitazione alla capacità di deambulazione, si fa dipendere la concessione delle agevolazioni Irpef, Iva<sup>48</sup>, bollo e imposta di trascrizione sugli stessi veicoli sopraindicati all'**adattamento del veicolo in base alla minorazione di tipo motorio** di cui questi soffre<sup>49</sup>.

---

<sup>47</sup> Qualora lo stesso familiare abbia fiscalmente a carico più persone con disabilità, può godere, nell'arco dello stesso quadriennio, dei benefici fiscali concessi per l'acquisto di autoveicoli ad ognuno di essi.

<sup>48</sup> Per le agevolazioni Iva il veicolo va adattato alla ridotta capacità motoria della persona con disabilità prima dell'acquisto (o perché così prodotto in serie o per effetto di modifiche fatte appositamente eseguire dallo stesso rivenditore).

Anche l'Iva agevolata al 4% viene applicata alle prestazioni rese da officine per adattare i predetti veicoli, anche non nuovi di fabbrica, nonché alla riparazione degli adattamenti e ai relativi acquisti di accessori e strumenti.

<sup>49</sup> Non occorre che la persona con disabilità benefici dell'indennità di accompagnamento. Bisogna invece annotare in maniera esplicita la natura motoria della disabilità sul certificato rilasciato dalla Commissione medica competente o da altre Commissioni mediche pubbliche incaricate per il riconoscimento dell'invalidità civile, di lavoro, di guerra. Laddove l'uso degli arti inferiori venga escluso o limitato dalla patologia stessa, tale ridotta o impedita capacità motoria non va indicata esplicitamente sul certificato.

A mero scopo esemplificativo<sup>50</sup> si considerano idonei i seguenti adattamenti alla carrozzeria:

- pedana sollevatrice ad azione meccanica/elettrica/idraulica;
- scivolo a scomparsa ad azione meccanica/elettrica/idraulica;
- braccio sollevatore ad azione meccanica/elettrica/idraulica;
- paranco ad azionamento meccanico/elettrico/idraulico;
- sedile scorrevole/girevole, in grado di facilitare l'insediamento nell'abitacolo della persona con disabilità;
- sistema di ancoraggio delle carrozzelle con annesso sistema di ritenuta della persona con disabilità (cinture di sicurezza);
- sportello scorrevole;
- altri adattamenti non elencati, purché vi sia un collegamento funzionale tra la disabilità e la tipologia di adattamento<sup>51</sup>.

La carta di circolazione deve in ogni caso indicare gli adattamenti effettuati a seguito di collaudo presso gli uffici della Motorizzazione Civile e dei Trasporti in Concessione. Anche il veicolo dotato di solo cambio automatico o frizione automatica di serie viene ritenuto “adattato”, purché prescritto dalla Commissione medica locale competente per l'accertamento dell'idoneità alla guida.

Coloro che hanno ridotte o impedito capacità motorie permanenti e siano titolari di patente speciale hanno diritto alle agevolazioni a patto che il veicolo venga adattato al sistema di guida o anche alla carrozzeria e alla sistemazione interna del veicolo, al fine di permettere alla persona con disabilità di guidare. Invece per la concessione delle agevolazioni ai non titolari di patente speciale sono sufficienti i soli adattamenti alla struttura della carrozzeria o alla sistemazione interna dei veicoli allo scopo di permettere l'accompagnamento della persona con disabilità. In entrambi i casi l'obiettivo degli adattamenti deve essere quello di garantire l'accesso del disabile al veicolo. Nell'ipotesi di minore con disabilità grave ex art. 3, comma 3, della legge n. 104/1992 che, ai fini delle agevolazioni fiscali per il settore auto, è riconosciuto “*soggetto con ridotte o impedito capacità motorie per-*

<sup>50</sup> L'AGENZIA INFORMA, *Le agevolazioni fiscali per le persone con disabilità*, pubblicazione a cura dell'AGENZIA DELLE ENTRATE – Ufficio Comunicazione Istituzionale, 2023, 15-16.

<sup>51</sup> Non può essere considerato “adattamento” l'allestimento di semplici accessori con funzione di “optional”, o l'applicazione di dispositivi già previsti in sede di omologazione del veicolo, montabili in alternativa e su semplice richiesta dell'acquirente.

*manenti*” senza ulteriori indicazioni al riguardo, v’è la possibilità di beneficiare dell’aliquota Iva ridotta per l’acquisto del veicolo anche senza adattamento dello stesso<sup>52</sup>.

Pure per le spese sostenute al fine di riparare gli adattamenti sulle autovetture – inclusi i pezzi di ricambio occorrenti – si ha diritto alla detrazione Irpef. Tali spese, non rateizzabili, devono essere state sostenute nell’arco di un quadriennio dall’acquisto del veicolo e concorrono unitamente al costo del veicolo ad eguagliare il limite massimo di spesa pari a € 18.075,99.

Nell’ipotesi in cui, sopraggiunta una disabilità, occorra adattare un veicolo che era stato comprato precedentemente senza agevolazioni, le spese per l’adattamento saranno consentite nel limite massimo di spesa di € 18.075,99, garantito per l’acquisto e la manutenzione dei veicoli adattati nell’arco di un quadriennio decorrente dalla data di iscrizione dell’adattamento nella carta di circolazione.

## **5. Altre agevolazioni fiscali**

Tra le misure fiscali che si prefissano di migliorare la mobilità della persona con disabilità non vi sono solo quelle riguardanti l’acquisto dell’autovettura. Ve ne sono infatti altre volte ad agevolare l’acquisto di mezzi di ausilio nonché l’assistenza a persone non autosufficienti.

### **5.1 Spese per l’acquisto di mezzi di ausilio detraibili dall’Irpef**

Una detrazione integrale dall’Irpef – senza dunque sottrarvi la franchigia di € 129,11 – è prevista per l’acquisto di mezzi di ausilio. Si tratta in particolare di spese sostenute per:

- l’acquisto di arti artificiali per la deambulazione;
- la costruzione di rampe volte ad eliminare le barriere architettoniche esterne e interne alle abitazioni. Per tali spese non si potrà beneficiare della detrazione del 19% contestualmente all’agevolazione disposta nell’ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia, ma solo sull’eventuale eccedenza della quota di spesa per la quale è stata richiesta quest’ultima agevolazione;
- l’adattamento dell’ascensore al fine di renderlo idoneo a

---

<sup>52</sup> Agenzia delle entrate, circolare n. 11/E del 21 maggio 2014.

contenere la carrozzella nonché l'installazione e la manutenzione della pedana di sollevamento nell'abitazione della persona con disabilità<sup>53</sup>;

- l'acquisto di cucine, limitatamente alle componenti dotate di dispositivi basati su tecnologie meccaniche, elettroniche o informatiche, preposte a facilitare il controllo dell'ambiente da parte di persone con disabilità, specificamente descritte in fattura con l'indicazione di dette caratteristiche;
- i mezzi necessari all'accompagnamento, alla deambulazione, alla locomozione e al sollevamento delle persone con disabilità<sup>54</sup>.

L'agevolazione può essere concessa anche per l'acquisto da parte di soggetti con ridotte o impedito capacità motorie permanenti di una bicicletta elettrica a pedalata assistita, ancorché non rientrante tra gli ausili tecnici per la mobilità personale individuati dal nomenclatore tariffario delle protesi. Per beneficiarne, occorre che la persona con disabilità produca, oltre alla "certificazione di invalidità o di handicap" rilasciata dalla Commissione medica pubblica competente da cui risulti la menomazione funzionale permanente sofferta, la certificazione del medico specialista dell'Asl che attesti il collegamento funzionale tra la bicicletta con motore elettrico ausiliario e la menomazione. Quest'ultima certificazione è necessaria se dal verbale rilasciato dalla Commissione medica integrata non risulta il collegamento funzionale.

La detrazione del 19% può essere usufruita anche dal familiare della persona con disabilità, purché quest'ultima sia fiscalmente a suo carico. La detrazione compete per l'intero importo, a prescindere dall'ammontare del reddito complessivo<sup>55</sup>. Inoltre, dal 2020 l'agevolazione può essere richiesta solo se l'onere è sostenuto con versamento bancario o postale o mediante altri sistemi di pagamento tracciabili.

---

<sup>53</sup> anche per queste spese la detrazione spetta per la parte eccedente quella per la quale si fruisce della detrazione relativa alle spese sostenute per interventi finalizzati alla eliminazione delle barriere architettoniche.

<sup>54</sup> anche le spese effettuate all'estero da persone fiscalmente residenti in Italia sono soggette allo stesso regime applicabile a quelle sostenute in Italia.

<sup>55</sup> art. 15, comma 3-quater, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte sui redditi).

## 5.2 L'Iva ridotta per i mezzi di ausilio

Ai fini dell'acquisto di mezzi necessari all'accompagnamento, alla deambulazione e al sollevamento delle persone con disabilità è prevista l'aliquota Iva agevolata al 4% anziché quella ordinaria del 22%. Tra i mezzi soggetti a tale aliquota vi sono<sup>56</sup>:

- servoscala e altri mezzi simili, che permettono a chi ha ridotte o impedito capacità motorie il superamento di barriere architettoniche e tra questi, anche le piattaforme elevatrici, se possiedono le specificità tecniche che le rendono idonee a garantire la mobilità di tali soggetti;
- protesi e ausili per menomazioni di tipo funzionale permanenti;
- apparecchi di ortopedia e di oculistica;
- apparecchi per facilitare l'audizione ai sordi;
- poltrone e veicoli simili anche con motore o altro meccanismo di propulsione, per inabili e persone con disabilità non deambulanti;
- prestazioni di servizi dipendenti da contratti di appalto aventi ad oggetto la realizzazione delle opere per il superamento o l'eliminazione delle barriere architettoniche<sup>57</sup>.

## 5.3 La detrazione Irpef per gli addetti all'assistenza a persone non autosufficienti

Le spese sostenute per gli addetti all'assistenza personale nei casi di "non autosufficienza" della persona con disabilità nel compimento degli atti della vita quotidiana possono essere detratte dall'Irpef, nella misura del 19% da calcolarsi su un importo massimo di spesa pari a € 2.100 a patto che il reddito complessivo del contribuente non ecceda i € 40.000<sup>58</sup>.

Fermo restando che occorre sempre una certificazione medica da cui risulti la dichiarazione di non autosufficienza, si ritengono rien-

---

<sup>56</sup> L'AGENZIA INFORMA, *Le agevolazioni fiscali per le persone con disabilità*, pubblicazione a cura dell'AGENZIA DELLE ENTRATE – Ufficio Comunicazione Istituzionale, 2023, 24-25.

<sup>57</sup> I. IOANNONE, J. PETTINACCI, *Agevolazioni fiscali/1. Iva al 4% sui mezzi per deambulazione in I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10, 11.

<sup>58</sup> Nella determinazione del reddito complessivo va compreso anche il reddito dei fabbricati locati assoggettato al regime della cedolare secca.

trare in tale categoria le persone non in grado di assumere alimenti, espletare le funzioni fisiologiche o provvedere all'igiene personale, deambulare, indossare gli indumenti, o che necessitano di sorveglianza continuativa<sup>59</sup>. Tale detrazione, spettante anche per le spese sostenute per il familiare non autosufficiente (compreso tra quelli per i quali si può godere di detrazioni d'imposta) anche quando egli non è fiscalmente a carico, non può, tuttavia, essere concessa quando la non autosufficienza non si ricollega all'esistenza di patologie. Dal 2020 anche le spese sostenute per gli addetti all'assistenza personale devono essere effettuate, per poter richiedere la detrazione, mediante sistemi di pagamento tracciabili<sup>60</sup>.

Si può beneficiare dell'agevolazione pure laddove le prestazioni di assistenza vengano rese da: una casa di cura o di riposo<sup>61</sup>; una cooperativa di servizi<sup>62</sup>; un'agenzia interinale<sup>63</sup>.

In ogni caso l'importo complessivo di spesa di € 2.100 va calcolato in rapporto al singolo contribuente, senza considerare il numero dei soggetti a cui è prestata l'assistenza. In altri termini, se un contribuente ha affrontato spese sia per sé sia per un familiare, la somma sulla quale egli potrà beneficiare della detrazione rimane ugualmente quella di € 2.100. A fronte di spese di assistenza sorrette da più contribuenti con riferimento allo stesso familiare, l'importo va ripartito tra di loro.

L'aver goduto di tale agevolazione non preclude la possibilità di usufruire di un'altra agevolazione consistente nella deduzione dal reddito imponibile dei contributi previdenziali e assistenziali obbligatori versati per gli addetti ai servizi domestici e familiari (per

<sup>59</sup> L'AGENZIA INFORMA, *Le agevolazioni fiscali per le persone con disabilità*, pubblicazione a cura dell'AGENZIA DELLE ENTRATE – Ufficio Comunicazione Istituzionale, 2023, 23.

<sup>60</sup> Le spese devono risultare da idonea documentazione, che può anche consistere in una ricevuta firmata dall'addetto all'assistenza, e dalla prova del pagamento tracciato. La documentazione deve contenere il codice fiscale e i dati anagrafici di chi effettua il pagamento e di chi presta l'assistenza. Se la spesa è sostenuta in favore di un familiare, nella ricevuta devono essere indicati anche gli estremi anagrafici e il codice fiscale di quest'ultimo. L'utilizzo di sistemi di pagamento "tracciabili" può essere attestato mediante l'annotazione in fattura, ricevuta fiscale o documento commerciale, da parte del percettore delle somme che effettua la prestazione di servizio.

<sup>61</sup> in questo caso, la documentazione deve certificare distintamente i corrispettivi riferiti all'assistenza rispetto a quelli riferibili ad altre prestazioni fornite dall'istituto ospitante.

<sup>62</sup> in questo caso, la documentazione deve specificare la natura del servizio reso.

<sup>63</sup> in questo caso, la documentazione deve specificare la qualifica contrattuale del lavoratore.

esempio, colf, baby-sitter e assistenti delle persone anziane). Questi contributi sono deducibili, per la parte a carico del datore di lavoro, fino all'importo massimo di € 1.549,37.

#### 5.4 Ulteriori agevolazioni per i non vedenti

Un'ulteriore agevolazione viene specificamente prevista per i non vedenti o i familiari di cui risultano fiscalmente a carico: essi hanno diritto alla detrazione dall'Irpef del 19% calcolabile sull'intero ammontare del costo sostenuto per l'acquisto del cane guida - una volta soltanto nell'arco di un quadriennio ad eccezione dell'ipotesi di perdita dell'animale - e possono fruirne a loro scelta in un'unica soluzione o in quattro quote annuali dello stesso importo<sup>64</sup>. La detrazione compete per l'intero importo, a prescindere dall'ammontare del reddito complessivo posseduto<sup>65</sup>.

È inoltre prevista la detrazione forfettaria delle spese sostenute per il mantenimento del cane guida senza che vi sia necessità di documentare l'effettivo sostenimento della spesa: il solo requisito richiesto per beneficiarne è, infatti, il possesso del cane guida. Tale detrazione ammonta a € 1.000 e può usufruirne unicamente la persona non vedente; non è dunque concessa al familiare del quale è fiscalmente a carico.

Dal 2020 hanno diritto per intero alla detrazione i titolari di reddito complessivo fino a € 120.000. In caso di superamento di tale limite, l'importo spettante decresce fino ad azzerarsi al raggiungimento di un reddito complessivo di € 240.000<sup>66</sup>.

### 6. Eliminazione delle barriere architettoniche

La normativa tributaria prevede, infine, le tre seguenti agevolazioni a favore dei contribuenti che intervengono per eliminare le barriere architettoniche:

- la detrazione Irpef del 50% delle spese sostenute fino al 31 dicembre 2024 e del 36% dal 1° gennaio 2025 per la ri-

<sup>64</sup> Dal 2020 l'agevolazione può essere riconosciuta solo se l'onere è stato sostenuto con versamento bancario o postale o mediante altri sistemi di pagamento tracciabili.

<sup>65</sup> art. 15, comma 3-quater, del d.P.R. 22 dicembre 1986, n. 917 (Testo unico delle imposte sui redditi)

<sup>66</sup> I. IOANNONE, J. PETTINACCI, *Agevolazioni fiscali/1. Iva al 4% sui mezzi per deambulazione* in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10, 11.

strutturazione edilizia dell'immobile, disciplinata dal comma 1 lett. e) dell'articolo 16-bis del Tuir;

- la detrazione del 75%, introdotta dalla legge di bilancio 2022<sup>67</sup> ed estesa fino al 31 dicembre 2025 dalla legge di bilancio 2023<sup>68</sup>;
- la detrazione del Superbonus, prevista per gli interventi “trainati”, se eseguiti congiuntamente a determinati interventi “trainanti”.

## 6.1 La detrazione Irpef per interventi di ristrutturazione edilizia

Per gli interventi di ristrutturazione edilizia sugli immobili è prevista una detrazione Irpef pari al:

- 50%, da calcolare su un importo massimo di € 96.000, se la spesa è sostenuta nel periodo compreso tra il 26 giugno 2012 e il 31 dicembre 2024;
- 36%, da calcolare su un importo massimo di € 48.000, per le spese effettuate dal 1° gennaio 2025.

Sono interventi agevolati:

- quelli effettuati per l'eliminazione delle barriere architettoniche come la realizzazione di ascensori e montacarichi;
- i lavori eseguiti per la realizzazione di strumenti che, attraverso la comunicazione, la robotica e ogni altro mezzo tecnologico, siano idonei a favorire la mobilità interna ed esterna delle persone con disabilità grave, ai sensi dell'art. 3, comma 3, della legge n. 104/1992.
- la realizzazione di un elevatore esterno all'abitazione;
- la sostituzione di gradini con rampe, sia negli edifici che nelle singole unità immobiliari, se conforme alle prescrizioni tecniche previste dalla legge sull'abbattimento delle barriere architettoniche.

Non si può beneficiare dell'agevolazione in parola contestualmente alla detrazione del 19% disposta per le spese sanitarie concernenti i

<sup>67</sup> Legge 30 dicembre 2021, n. 234 - Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2022 e bilancio pluriennale per il triennio 2022-2024. (21G00256) (GU Serie Generale n.310 del 31-12-2021 - Suppl. Ordinario n. 49)

<sup>68</sup> Legge 29 dicembre 2022, n. 197 - Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025. (22G00211) (GU Serie Generale n.303 del 29-12-2022 - Suppl. Ordinario n. 43)

mezzi necessari al sollevamento della persona con disabilità. L'agevolazione viene concessa unicamente per interventi sugli immobili realizzati per favorire la mobilità interna ed esterna della persona con disabilità. Non è riconosciuta, invece, per il semplice acquisto di strumenti o beni mobili come telefoni a viva voce, schermi a tocco, computer o tastiere espanse pure quando volti a facilitare la comunicazione e la mobilità del disabile. Per essi, tuttavia, è già garantita la detrazione Irpef del 19%, poiché rientrano nella categoria dei sussidi tecnici e informatici.

## 6.2 La detrazione del 75%

Una nuova agevolazione è stata prevista dalla legge di bilancio 2022<sup>69</sup> per la realizzazione di interventi finalizzati al superamento e all'eliminazione delle barriere architettoniche in edifici già esistenti. Tale agevolazione, originariamente disposta per il solo 2022, è stata successivamente prorogata al 31 dicembre 2025 dalla legge di bilancio 2023<sup>70</sup>, e prevede una detrazione d'imposta del 75% delle spese documentate sostenute nel periodo tra il 1° gennaio 2022 e il 31 dicembre 2025 da ripartire tra gli aventi diritto in cinque quote annuali di pari importo.

La detrazione va calcolata su una spesa totale che non ecceda:

- € 50.000, per gli edifici unifamiliari o per le unità immobiliari situate all'interno di edifici plurifamiliari che siano funzionalmente indipendenti e dispongano di uno o più accessi autonomi dall'esterno;
- € 40.000, moltiplicati per il numero delle unità immobiliari che compongono l'edificio, per gli edifici composti da due a otto unità immobiliari;
- € 30.000, moltiplicati per il numero delle unità immobiliari che compongono l'edificio, per gli edifici composti da più di otto unità immobiliari<sup>71</sup>.

Tale agevolazione è prevista pure per gli interventi di automazione

<sup>69</sup> Legge 30 dicembre 2021, n. 234.

<sup>70</sup> Legge 29 dicembre 2022, n. 197.

<sup>71</sup> Per la concessione dell'agevolazione gli interventi devono rispettare i requisiti previsti dal decreto del Ministro dei lavori pubblici n. 236 del 14 giugno 1989 recante “Prescrizioni tecniche necessarie a garantire l'accessibilità, l'adattabilità e la visitabilità degli edifici privati e di edilizia residenziale pubblica sovvenzionata e agevolata, ai fini del superamento e dell'eliminazione delle barriere architettoniche”.

degli impianti degli edifici e delle singole unità immobiliari funzionali ad abbattere le barriere architettoniche nonché, in caso di sostituzione dell'impianto, per le spese relative allo smaltimento e alla bonifica dei materiali e dell'impianto sostituito<sup>72</sup>.

Dal 1° gennaio 2023, per le delibere condominiali che approvano questi lavori è necessaria la maggioranza dei partecipanti all'assemblea che rappresenti almeno un terzo del valore millesimale dell'edificio<sup>73</sup>. Si tratta della stessa maggioranza semplificata prevista per le delibere aventi ad oggetto gli interventi agevolati con il "Superbonus" e l'adesione all'opzione per la cessione del credito o per lo sconto in fattura<sup>74</sup>.

Se non scelgono la detrazione, i contribuenti possono optare per la cessione a terzi del credito d'imposta corrispondente alla detrazione spettante oppure per lo sconto in fattura ossia un contributo, appunto sotto forma di sconto sul corrispettivo dovuto, fino a un importo massimo pari al corrispettivo stesso, anticipato dai fornitori che hanno effettuato gli interventi agevolati.

### 6.3 La detrazione del Superbonus per interventi "trainati"

Gli interventi sostenuti dal 1° gennaio 2021 per spese finalizzate alla eliminazione delle barriere architettoniche, con lo scopo di favorire la mobilità interna ed esterna all'abitazione delle persone con disabilità grave, possono rientrare anche come interventi "trainati" rispetto a quelli per i quali si beneficia del "Superbonus".

Occorre, tuttavia, per essere ammessi al Superbonus, che tali lavori vengano realizzati congiuntamente a interventi "trainanti" di efficienza energetica (isolamento termico delle superfici opache o sostituzione degli impianti di climatizzazione invernale esistenti) o, a partire dal 1° giugno 2021, anche congiuntamente a interventi "trainanti" antisismici, oltre a dover rispettare i requisiti previsti dal decreto del Ministro dei lavori pubblici n. 236 del 14 giugno 1989. In più, è necessario che gli interventi "trainati" siano effettivamente conclusi.

Per la relativa fruizione è previsto un meccanismo analogo a quello della detrazione del 75%: i contribuenti possono optare per la ces-

<sup>72</sup> G. GAVELLI, *Per le spese 2022 c'è la detrazione al 75% in I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10, 10.

<sup>73</sup> art. 1, comma 365, legge 29 dicembre 2022, n. 197.

<sup>74</sup> articolo 119, comma 9-bis, decreto legge 19 maggio 2020, n. 34.

sione a terzi del credito d'imposta corrispondente alla detrazione spettante oppure per uno sconto in fattura, vale a dire un contributo, sotto forma di sconto sul corrispettivo dovuto, di importo massimo non superiore al corrispettivo stesso, anticipato dal fornitore di beni e servizi relativi agli interventi agevolati<sup>75</sup>.

## 7. Conclusioni

Le prospettive di reale bisogno di mobilità nei prossimi anni, non solo in rapporto alle dinamiche di invecchiamento della popolazione ma anche in relazione alle disabilità motorie, devono indurre ad una maggiore consapevolezza sulla necessità di sviluppare, a livello statale e con il concorso di tutti gli attori pubblici e privati, politiche che incoraggino gli investimenti per compiere interventi strutturali che collochino al centro e trasversalmente agli interventi di settore, la mobilità e l'accessibilità per le persone con disabilità. Le stime per l'avvenire, infatti, segnalano la presenza di una popolazione molto più anziana ed un aumento della longevità anche fra le persone con disabilità.

Non bisogna dimenticare che a rendere realmente sostenibile una città è proprio il grado di accessibilità che questa è in grado di offrire a tutti coloro che intendono raggiungerla e percorrerla. Accessibilità per i più fragili vuol dire migliore accessibilità per tutti in qualsiasi fase della propria vita, garantendo una generale e complessiva miglior qualità della vita, per via della riduzione dei fattori di stress e dello sviluppo di condizioni in cui risorse, competenze e talenti possano essere sfruttati al meglio. Non essere accessibile per una città significa, invece, rinunciare a valorizzare il proprio potenziale, rendendo sé stessa meno attrattiva e meno competitiva.

In tale ottica, assistiamo fortunatamente ad un cambiamento culturale importante figlio di una rinnovata sensibilizzazione per il tema della mobilità delle persone con disabilità. E all'esito della presente ricerca con cui sono stati passati in rassegna e analizzati i principali strumenti fiscali ad oggi impiegati nel campo della mobilità delle persone con disabilità, è emerso che anche il legislatore tributario stia facendo la sua parte offrendo un contributo rilevante al perseguimento della mobilità sostenibile dentro e fuori alla propria abitazione con tutte le annesse esternalità positive in termini di intera-

---

<sup>75</sup> art. 121, d.l. 19 maggio 2020, n. 34 e Agenzia delle entrate - risposta ad interpello n. 455/2021.

zione sociale e qualità della vita.

Ha infatti congegnato, e continua a perfezionare, un sistema di incentivi e sostegni indiretti attraverso forme di riduzione, detrazione, deduzione e crediti d'imposta sempre più puntuali e soprattutto stabili e permanenti, affinché le persone con disabilità possano disporre di tutti gli strumenti e ausili di cui necessitano per compiere le attività tipiche della quotidianità di ciascuno. Tra i mezzi essenziali allo spostamento, si pensi all'autovettura il cui acquisto viene agevolato sia con l'Iva ridotta al 4% sia con la detrazione Irpef, o ad altri mezzi di ausilio, come protesi o arti artificiali, il cui acquisto pure viene beneficiato tanto della riduzione Iva quanto della detrazione Irpef. Ancora si ponga mente a tutti gli interventi volti all'eliminazione delle barriere architettoniche, che sono attualmente previsti ma che potrebbero essere ulteriormente sostenuti.

Tali misure vanno senz'altro accolte con favore e all'occorrenza implementate perché rappresentano un modo per favorire uno sviluppo della mobilità che guardi alle comunità nel loro complesso per far sì che queste siano *“insediamenti umani inclusivi, sicuri, duraturi e sostenibili”*<sup>76</sup>.

Insomma se strade connesse e intelligenti, magari percorse da auto a guida autonoma, restano ancora solo una suggestione, ad opinione di chi scrive, non ci si può esimere dal rivolgere una nota di merito al legislatore tributario il quale mantiene ben saldo e persegue con vigore l'obiettivo di normalizzare la mobilità delle persone con disabilità nonché sviluppare una comunità capace di includerle senza riserve affinché queste possano finalmente essere **si diversamente abili** ma – si auspica – **ugualmente mobili**.

---

<sup>76</sup> Agenda 2030 dell'Onu per lo sviluppo sostenibile – Obiettivo 11.

## Bibliografia

- ADDIS P., *La Convenzione Onu sui diritti delle persone con disabilità e la Corte costituzionale. Osservazioni a partire dalla sentenza n. 2/2016*, in *Federalismi.it*, Focus Human Rights, 2016, 2
- ALFANO R., *Agevolazioni fiscali in materia ambientale e vincoli dell'Unione Europea*, in *Rassegna Tributaria*, 2011, 2
- ARCONZO G., *I diritti delle persone con disabilità. Profili costituzionali*, Franco Angeli, Milano, 2020, 62 ss.
- BASILAVECCHIA M., *Agevolazioni, esenzioni, esclusioni*, in *Rassegna Tributaria*, 2002, 2, 421-ss
- BORIA P., *Il sistema tributario*, Utet Giuridica, Torino, 2008
- CARETTI P., *Eguaglianza e diritti sociali*, in A. VIGNUDELLI (a cura di), *Lezioni magistrali di Diritto costituzionale*, Mucchi, Modena, 2014
- FALABELLA V., *Una legge delega incentrata sui diritti*, in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10
- FICHERA F., *Le agevolazioni fiscali*, Padova, 1992
- FONDAZIONE UNIPOLIS in collaborazione con ANGLAT - Associazione Nazionale Guida Legislazioni Andicappati Trasporti, *“Il paradosso della mobilità”*, Bologna, 21 settembre 2020
- GAVELLI G., *Barriere architettoniche. Anche l'installazione dell'ascensore è intervento trainato con il superbonus* in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10
- GAVELLI G., *Per le spese 2022 c'è la detrazione al 75%* in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10
- IOANNONE I., PETTINACCI J., *Agevolazioni fiscali/1. Iva al 4% sui mezzi per deambulazione* in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10
- ISTAT – Istituto Nazionale di Statistica, *Conoscere il mondo della disabilità: persone, relazioni e istituzioni*, Roma, 2019
- L'AGENZIA INFORMA, *Le agevolazioni fiscali per le persone con disabilità*, pubblicazione a cura dell'AGENZIA DELLE ENTRATE – Ufficio Comunicazione Istituzionale, 2023
- LA ROSA S., *Le agevolazioni tributarie*, in *Trattato di diritto tributario* diretto da A. AMATUCCI, Padova, 1994, I, 401-ss
- MANCINO A., SEPIO G., *Agevolazioni fiscali/2. Acquisto auto con detrazione Irpef e Iva ridotta al 4%, ma con limiti* in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10
- MASCI F., *La tutela costituzionale della persona disabile in federalismi.it*, 2020, 1, 137-ss.
- PARMIGIANI M., SACCHELLI F., in *Il paradosso della mobilità*,

Fondazione Unipolis - ANGLAT, Bologna, 2020

REDI C., *L'accessibilità nelle politiche per i soggetti disabili*, in E. ROSSI, V. CASAMASSIMA (a cura di), *La politica sociale europea tra armonizzazione normativa e nuova governance*, Pisa University Press, Pisa, 2013, 315 ss.

ROSSI E., *Lo "statuto costituzionale della persona con disabilità": brevi considerazioni su un disegno di legge*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2021, 1. Disponibile in: [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

SEPIO G., *Fisco, lavoro, assistenza, controlli: i tanti fronti del sistema di tutele*, in *I focus del Sole 24 Ore*, 2022, 10.

# L'autonomia del socio accomandante in regime di amministrazione provvisoria

MARIA ELENA PAGETTA

(Dottoranda di ricerca in Diritto delle persone, delle imprese e dei mercati - Università degli Studi di Napoli Federico II)

## Abstract

Prendendo spunto da una pronuncia del Tribunale di Venezia in cui il giudice lagunare ha dichiarato possibile la coesistenza della carica amministrativa provvisoria assunta dal socio accomandante con la presenza del socio accomandatario, privato giudizialmente dei poteri gestori, l'articolo approfondisce l'evoluzione interpretativa in tema di amministrazione delle società di persone, con particolare attenzione alla possibilità di applicare analogicamente l'art. 2323 c.c., anche qualora si tratti di società composta da due soli soci.

*Taking into account the ruling of the Court of Venice, in which the lagoon judge declared possible the coexistence of the provisional administrative office assumed by the limited partner with the presence of the general partner, judicially deprived of management powers, the essay delves deeper into the evolution of the management system administration in companies with unlimited liability partners, with particular attention to the possibility of analogically applying the art. 2323 of the Civil Code, even if it is a company made up of only two members.*



**Sommario:** 1. Il caso di specie 2. Il dibattito sull'applicazione analogica dell'art. 2323 c.c. 3. Considerazioni sulla ratio dell'art. 2323 c.c. alla luce del regime di amministrazione delle società di persone 4. Il socio accomandante nominato amministratore provvisorio 5. Il caso limite: l'autonominazione dell'unico accomandante.

## 1. Il caso di specie

Le presenti note traggono spunto da un'ordinanza emessa dal Tribunale di Venezia in sede di ricorso *ex art.* 700 c.p.c. avverso la decisione di un socio accomandante al 50% di una società in accomandita semplice di autonomarsi amministratore provvisorio ai sensi dell'art. 2323 c.c., dopo che al socio accomandatario erano stati revocati giudizialmente i poteri gestori.

Ad avviso del giudice veneziano, pur sussistendo indubbe differenze tra l'ipotesi legalmente prevista (ossia il venir meno di tutti gli accomandatari) e l'ipotesi *de qua* (ovvero la permanenza di un unico socio accomandatario, rimasto tale ma privato dei poteri gestori), può ammettersi l'applicazione analogica dell'art. 2323, comma 2, c.c. in quanto, "diversamente" la società rimarrebbe priva di amministrazione.

Sulla base di questa considerazione preliminare, il Tribunale adito riconosce la legittimità dell'autonominazione quale amministratore provvisorio dell'unico accomandante anche in presenza di un accomandatario privo di poteri gestori, assegnando prevalenza al *favor* legislativo per la conservazione dell'impresa. Inoltre, nel caso di specie, il Tribunale afferma che gli atti posti in essere dall'amministratore provvisorio debbano qualificarsi come non eccedenti l'ordinaria amministrazione e, dunque, inidonei ad integrare una violazione dell'art. 2323 c.c.

## 2. Il dibattito sull'applicazione analogica dell'art 2323 c.c.

L'ordinanza, i cui contenuti sono stati testé sintetizzati, si inserisce nell'ambito di una questione più volte affrontata in dottrina nonché in svariate pronunce della giurisprudenza di legittimità. Il primo problema trattato ha ad oggetto il dubbio relativo alla possibilità di estendere l'art. 2323, comma 2, c.c., in materia di amministrazione provvisoria delle società in accomandita semplice alle fattispecie che, pur non essendo espressamente ricomprese nella norma, comportano una situazione di vuoto gestorio che il legislatore non sembrerebbe aver affrontato. Va preliminarmente evidenziato il ruolo svolto dalla succitata disposizione nell'ambito del sistema di ammi-

nistrazione delle s.a.s., in cui, a fronte della compresenza dei soci accomandanti limitatamente responsabili e dei soci accomandatari illimitatamente responsabili, solo a questi ultimi risulta affidata la gestione sociale. Proprio la fisionomia di tale tipologia societaria ha indotto il legislatore a disciplinare espressamente la peculiare ipotesi in cui venga meno una delle due categorie di soci, individuando in tale evenienza una specifica causa di scioglimento, che si aggiunge a quelle già previste per le società semplici ed espressamente richiamate per le s.a.s.. Occorre, tuttavia, distinguere a seconda che la categoria venuta meno sia quella degli accomandanti o quella degli accomandatari, fermo restando che, almeno secondo la teoria che si ritiene preferibile, in entrambe le ipotesi lo scioglimento della società non risulta immediatamente operativo, ma subordinato alla mancata ricostituzione della compagine sociale nel termine di sei mesi<sup>1</sup>. Nel primo caso, il problema potrebbe porsi solo ed esclusivamente alla scadenza del semestre qualora – non essendosi pervenuti alla ricostituzione della categoria degli accomandanti – gli accomandatari superstiti risultino obbligati alla nomina di uno o più liquidatori che procedano alla dismissione del patrimonio sociale e all'estinzione della società<sup>2</sup>. In questa circostanza, appare interessante segnalare

<sup>1</sup> Analogamente a quanto previsto per l'art. 2272, n. 4, c.c., si ritiene che la causa di scioglimento operi *ex nunc* solo alla scadenza del termine semestrale qualora il socio venuto meno non sia stato sostituito: in tal senso cfr. C. CONFORTI, *La società in accomandita semplice*, Milano, 2005, 53, F. DI SABATO, *Diritto delle società*, Milano, 2005, 181. Si esprime in modo conforme in giurisprudenza Cass. civ., Sez. III, 5 marzo 2003, n. 3269 in *Notariato*, 2003, 3, 238. La scelta in ordine al momento di operatività della causa di scioglimento incide sulla valutazione delle operazioni *medio tempore* compiute, poiché, laddove si ritenga che questa operi immediatamente, gli amministratori dovrebbero limitarsi all'esecuzione delle sole operazioni urgenti, almeno finché non siano adottati i provvedimenti necessari per la liquidazione. In questo senso, G.FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, Torino, 2023, 272 secondo cui l'efficacia dello scioglimento è immediata, ma risolutivamente condizionata alla ricostituzione della pluralità dei soci nei sei mesi successivi. Una soluzione intermedia è offerta da M.PORZIO, *Sulla disciplina delle società di persone con unico socio* in *Rivista delle Società*, 1965, 317-318 ritenendo che la società continui la sua vita attiva, verificandosi una causa di scioglimento solo in quanto la pluralità dei soci non si ricostituisca. Tuttavia, a garantire un equo contemperamento di tutti gli interessi in gioco, gli effetti delle operazioni compiute durante il periodo di tolleranza non saranno calcolati nella determinazione della quota di liquidazione spettante all'*ex socio*.

<sup>2</sup> Seppur discusso si ritiene che in caso di inerzia dei soci, qualsiasi creditore potrebbe ritenersi legittimato a chiedere la nomina giudiziale di un liquidatore: in questo senso, R.WEIGMANN, G. COTTINO, *Società di persone e Consorzi*, in *Trattato di diritto Commerciale*, diretto da G. Cottino, Milano, 2004, 312, 315 secondo cui la legittimazione attiva dei

come, nell'eventualità in cui gli accomandatari abbiano interesse alla prosecuzione dell'attività di impresa, piuttosto che al suo «smantellamento», i soci superstiti potrebbero continuare in fatto tale attività determinando la «conversione (tacita o impropria)»<sup>3</sup> della s.a.s. in una società in nome collettivo irregolare<sup>4</sup>.

---

creditori a richiedere la nomina giudiziale alla scadenza del semestre appare sostenuta con riferimento all'ipotesi generale del venir meno della pluralità dei soci ai sensi dell'art. 2272, n. 4, c.c., ma suscettibile di essere estesa anche all'ipotesi in cui residuino i soli soci accomandatari.

<sup>3</sup> Così espressamente definita da C. CONFORTI, *La società in accomandita semplice*, cit., 54 il quale evidenzia, da un lato, l'esigenza di garantire la continuità dell'attività di impresa, e, dall'altro, la necessità di mantenere, per tutta la vita della società, la duplice categoria di soci.

<sup>4</sup> Così G. FERRI, *Le società*, in *Trattato di Diritto Civile*, fondato da F. Vassalli, Torino, 1987, 308, il quale sostiene che la prosecuzione dell'attività di impresa nella forma della società in nome collettivo irregolare si realizzi non solo nel caso in cui venga meno la pluralità degli accomandanti e gli altri continuino nella gestione senza la ricostituzione della categoria mancante, ma anche quando la gestione provvisoria degli accomandanti si protragga oltre i sei mesi senza pervenire al subingresso di un nuovo socio accomandatario. In senso conforme, F. FERRARA JR., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, Milano, 2006, 339. Per l'ipotesi in cui siano venuti meno gli accomandatari e – alla scadenza del termine – i soci accomandanti superstiti non abbiano provveduto alla ricostituzione della categoria mancante, si veda F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 182, per il quale è possibile che la prosecuzione dell'attività gestoria oltre la durata massima di sei mesi sia accompagnata dal benessere degli altri soci superstiti, cosicché tale consenso potrebbe intendersi quale adesione all'assunzione della qualità di accomandatario da parte dell'accomandante amministratore provvisorio; questa interpretazione consentirebbe la prosecuzione dell'attività nella forma di società in accomandita semplice. Un'ulteriore posizione è quella di G. MACCARRONE, *Estinzione della società di persone e continuazione dell'attività imprenditoriale da parte del socio superstite* in *Riv. Notariato*, 1996, 4, 855 che affronta l'ipotesi in cui, nell'ambito generale delle società di persone, vi sia un solo socio superstite. L'autore propende per l'inammissibilità della «trasformazione» della s.a.s. in impresa individuale, poiché accogliendo una posizione permissiva si consentirebbe al socio di confondere il proprio patrimonio con quello dell'ente, pregiudicando i creditori sociali chiamati a concorrere con i creditori personali. *Contra* R. SANTAGATA, *Società in accomandita semplice con soli accomandanti e continuazione dell'impresa* in *Riv. Notariato*, 2011, 3, 675 ss., per il quale non vi è alcun obbligo dei soci accomandanti di dare inizio al procedimento di liquidazione che non modifica la posizione dei creditori il cui interesse, in realtà, non sembra strettamente rivolto alla realizzazione del procedimento astrattamente considerato, bensì all'impiego dei beni sociali per il soddisfacimento dei debiti propri dell'ente. Tali conclusioni non dovrebbero essere diverse nel caso in cui, nel semestre «di grazia», la società sia rimasta unipersonale, adducendo a sostegno della possibile conversione tacita in impresa individuale sia l'art. 2499 c.c., sia la previsione dell'art. 2500 *septies* c.c. relativamente alla trasformazione eterogenea in comunione d'azienda.

Ipotesi peculiare è, tuttavia, quella in cui a venir meno sia la categoria dei soci accomandatari, fattispecie che pone il problema ulteriore di provvedere alla gestione della società nel tempo necessario a ripristinare la compagine sociale. In tale ultimo caso, il legislatore, al capoverso dell'art. 2323 c.c., dispone la nomina di un amministratore provvisorio per il compimento degli atti di ordinaria amministrazione.

Il dubbio che si pone è, quindi, relativo alla possibilità di ricomprendere nell'ambito applicativo della norma non solo le ipotesi a cui essa fa espressamente riferimento – *i.e.* il venir meno degli «accomandatari in quanto categoria di soci»<sup>5</sup> – ma anche l'eventualità in cui, pur essendo ancora presenti dei soci accomandatari, non sia loro attribuibile la possibilità di amministrare la società, perché temporaneamente assenti, impediti o revocati dall'incarico per giusta causa, come nel caso di specie.

In proposito, secondo un primo orientamento, la nomina dell'amministratore provvisorio rappresenterebbe un'ipotesi circoscritta ed insuscettibile di essere estesa ai casi non espressamente ricompresi nella disposizione<sup>6</sup>, il cui tenore letterale fa, infatti, riferimento esclusivamente al «venir meno di tutti gli accomandatari» e non, in generale, all'impossibilità di funzionamento della società<sup>7</sup>. D'altronde la stessa rubrica dell'art. 2323 c.c. sembrerebbe confermare una simile impostazione, poiché, se si considera che nell'ambito delle società in accomandita semplice la qualità di accomandatario non è strettamente connessa a quella di amministratore<sup>8</sup>, la nomina

<sup>5</sup> In definitiva, circoscritta alle ipotesi tipiche di morte, recesso ed esclusione di tutti gli accomandatari.

<sup>6</sup> In giurisprudenza, si veda Cass. civ., Sez. I, 23 luglio 1994, n. 6871 in *Giust. civ.*, 1995, 10, 2515, con nota di B. MORBINATI, *Società in accomandita semplice costituita da due soli soci: riflessioni*; Cass. civ., Sez. I, 28 novembre 1992, n. 12732 in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>; in dottrina, R. WEIGMANN e G. COTTINO, *Società di persone e Consorzi*, in *Trattato di diritto Commerciale* cit., p.308.

<sup>7</sup> L. GENGHINI, P. SIMONETTI, *Le società di persone*, Milano, 2021, 398.

<sup>8</sup> Se, da un lato, l'attività di gestione è riservata espressamente a tale categoria, dall'altro il secondo comma dell'art. 2318 c.c. esclude che tale potere debba essere necessariamente conferito a *tutti* gli accomandatari. In questo senso, Cass. civ., Sez. I, 23 luglio 1994, n. 6871 in *Giust. Civ. cit.*, 2515, cit.. Tale categoria di soci gode solo della riserva di nominare formalmente gli amministratori, V. CORRENTE, *Le società di persone* in *Giur. Comm.*, 2016, 4, 726; si tratta, dunque, di una posizione distinta dallo *status socii*, a differenza di quanto previsto nell'ambito della società in accomandita per azioni in cui non si può essere accomandatari senza essere amministratori, essendo previsto per tale categoria di soci non solo il potere, ma anche il dovere di gestione della società

dell'amministratore provvisorio non configura l'alternativa ad una generica impossibilità di funzionamento dell'organizzazione collettiva – che è prevista e diversamente disciplinata dall'art. 2272, comma 1, n. 2, c.c.– rappresentando, piuttosto, la risposta ad una causa di scioglimento specifica e immaginata esclusivamente per le s.a.s. in cui la persistenza delle due categorie di soci nel tempo costituisce elemento essenziale<sup>9</sup>. Un secondo argomento utilizzabile per escludere l'applicazione analogica dell'art. 2323, comma 2, c.c., è quello che valorizza il carattere eccezionale della disposizione rispetto al sistema di amministrazione della s.a.s.<sup>10</sup>. In quest'ultima, accanto all'espressa previsione di un'attribuzione del potere gestorio solo ed esclusivamente ai soci accomandatari, ai sensi dell'art. 2318, comma 2, c.c., è previsto in capo ai soci accomandanti un rigido divieto di immistione *ex art. 2320 c.c.* La lettura combinata delle due norme non risponde tanto ad un'esigenza di affidamento dei terzi, quanto piuttosto ad un principio generale di governo delle società di persone: invero, stante la tradizionale correlazione tra potere e rischio, «l'amministrazione compete di regola solo ai soci illimitatamente responsabili, in quanto tali soggetti, esponendosi personalmente col loro patrimonio, si presume agiscano con la dovuta prudenza»<sup>11</sup>. La partecipazione al rischio, infatti, è stata politicamente riconosciuta come garanzia di una responsabile direzione<sup>12</sup>. Alla luce di queste considerazioni, è stato ragionevolmente sostenuto che il carattere eccezionale della norma ne escluderebbe l'applicabilità a fattispecie in cui l'accomandatario, pur essendo ancora presente, sia nell'impossibilità pratica di amministrare la società, in quanto, ad esempio, revocato per giusta causa *ex art. 2259 c.c.*<sup>13</sup>. In tal senso si poneva

---

*ex art. 2465 c.c.* Si veda in tal senso, R. COSTI, *L'azionista accomandatario*, Padova, 1969, 118-119.

<sup>9</sup> La causa di scioglimento prevista dall'art. 2323 c.c. si pone in aggiunta, e non in sostituzione, all'ulteriore e diversa ipotesi di impossibilità di conseguire l'oggetto sociale, cui inevitabilmente si perviene in caso di impossibilità di funzionamento della società.

<sup>10</sup> In particolare, in dottrina, G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale 2 – Diritto delle società*, cit., 131 nt. 16.

<sup>11</sup> R.WEIGMANN, G. COTTINO, *Società di persone e Consorzi* in *Trattato di diritto Commerciale*, cit., 211.

<sup>12</sup> F. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, Padova, 1963, 107.

<sup>13</sup> Così, R.WEIGMANN, G. COTTINO, *Società di persone e Consorzi*, in *Trattato di diritto Commerciale*, cit., 308 che esclude l'applicazione analogica della disposizione tanto con riferimento alle ipotesi di dimissioni volontarie dell'amministratore che alla sua revoca giudiziale.

anche la giurisprudenza richiamata dalla stessa ordinanza, che accogliendo le riferite impostazioni dottrinali negava l'applicazione analogica dell'art. 2323, comma 2, c.c., onde evitare «un'alterazione della configurazione tipica della società in accomandita semplice»<sup>14</sup>. Secondo siffatta ricostruzione, l'ipotesi di esclusione o di dimissioni dell'unico accomandatario, non determinando il venir meno della sua qualità di socio, condurrebbe tutt'al più ad una situazione di stallo, risolvibile con l'ingresso di un nuovo accomandatario a cui affidare il ruolo di amministratore; il mancato raggiungimento di tale risultato comporterebbe lo scioglimento della società non ai sensi dell'art. 2323 c.c., bensì per impossibilità di conseguire l'oggetto sociale ai sensi dell'art. 2272, n. 2, c.c.<sup>15</sup>.

Si è altrimenti opinato – ed appare questo il ragionamento sviluppato anche all'interno dell'ordinanza in commento – che, pur esistendo indubbie differenze tra le vicende tipiche di cui all'art. 2323 c.c. e quelle non espressamente regolate dalla suddetta disposizione<sup>16</sup>, tra le stesse può senz'altro rinvenirsi un tratto comune consistente nell'esigenza di «evitare interruzioni nell'attività di amministrazione, di impedire che la gestione sociale subisca battute d'arresto pregiudizievoli per il buon andamento della conduzione degli affari»<sup>17</sup>. Le ipotesi considerate, oltre a essere immaginabili alla luce del medesimo interesse, potrebbero essere in maniera identica inquadrare come casi di interruzione dell'attività fisiologiche e *temporanee*. All'esito dell'analisi dell'art. 2323 c.c. sembrerebbe scorgersi, dunque, «la preoccupazione del legislatore di apprestare strumenti che possano evitare una chiusura traumatica dell'impresa sociale»<sup>18</sup> a cui invece si perverrebbe aderendo ad un'interpretazione restrittiva della norma. Pertanto, non sarebbe logico inquadrare la fattispecie non espressa-

<sup>14</sup> Cass. civ., Sez. I, 28 novembre 1992, n.12732 in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>.

<sup>15</sup> Questo l'inquadramento offerto dalla giurisprudenza richiamata. Cass. civ., Sez. I, 23 luglio 1994, n. 6871 in *Giust. civ.*, cit., 2515, cit.; Cass. civ., Sez. I, 28 novembre 1992, n.12732 in <https://onelegale.wolterskluwer.it/>. Da ultimo, Trib. Milano, 13 novembre 2017, n. 11387, in *Il Quotidiano Giuridico*, 2018, pur non affrontando espressamente il tema dell'applicabilità in via analogica dell'art. 2323 c.c., in seguito alla revoca dell'unico accomandatario dalla carica gestoria, accerta lo scioglimento della società per impossibilità di funzionamento «non essendosi i soci accordati né sulla nomina di un nuovo accomandatario né sulla liquidazione della società».

<sup>16</sup> Nel primo caso si pone un'esigenza di ripristino della compagine sociale che, al contrario, risulta assente nella seconda ipotesi.

<sup>17</sup> Cit. P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, Milano, 1985, 210.

<sup>18</sup> Cit. C. CONFORTI, *La società in accomandita semplice*, cit., 56

mente disciplinata nell'ambito dell'art. 2272, n. 2, c.c., espressione di una situazione patologica di gravità tale da determinare lo scioglimento immediato della società, senza potersi attendere il semestre previsto dall'art. 2323 c.c..

### **3. Considerazioni sulla ratio dell'art. 2323 c.c. alla luce del regime di amministrazione delle società di persone.**

Al fine di verificare la possibilità di estendere analogicamente l'applicazione dell'art. 2323 c.c., conviene non limitarsi all'analisi del tenore letterale della norma, ma indagare la *ratio* alla stessa sottesa. A ben vedere, la previsione di un semestre in cui la gestione sociale sia affidata ad un amministratore provvisorio – e non ad un liquidatore – manifesta fiducia verso una gestione dinamica del patrimonio, piuttosto che statica e prevalentemente dismissiva<sup>19</sup>, giustificata dall'esigenza di salvaguardare la continuazione dell'attività di impresa<sup>20</sup>, espressione non di una isolata disposizione, ma del generale principio di *favor societatis*<sup>21</sup>. Questo approccio è perfettamente coerente con una situazione in cui non si ravvisa una grave impossibilità di funzionamento, ma solo una *temporanea* emergenza<sup>22</sup>, che potrebbe essere determinata tanto dalla mancanza di soci accomandatari, quanto dalla circostanza che questi ultimi siano stati privati del potere amministrativo.

Ravvisatasi, quindi, in entrambi i casi la stessa esigenza di garantire l'attività gestoria in una situazione di stallo temporanea, sembra eccessivamente formalistico ammettere la possibilità di ricorrere

---

<sup>19</sup> Così P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., 207, nonché C. CONFORTI, *La società in accomandita semplice*, cit., 63, il quale, argomentando alla luce della limitazione al compimento di soli atti di ordinaria amministrazione, evidenzia la netta distinzione con quanto potrebbe accadere al verificarsi della piena operatività della causa di scioglimento.

<sup>20</sup> Il tentativo di conservazione dell'impresa è imprescindibile laddove se ne ravvisi la concreta possibilità: cfr. P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., 207.

<sup>21</sup> Tracce di questo principio si rinvengono in numerosissime disposizioni. Ad esempio, in materia societaria, si ricordi l'art. 2386 c.c. che attribuisce al collegio sindacale la facoltà di compiere gli atti di ordinaria amministrazione in attesa di sostituzione della totalità degli amministratori nel frattempo venuti meno. Secondo P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., 212, anche in questa ipotesi si legittimano all'attività amministrativa soggetti che ne sono tendenzialmente esclusi, ravvisandosi delle innegabili similitudini con il fenomeno dell'amministrazione provvisoria di una s.a.s..

<sup>22</sup> In questo senso, da ultimo Trib. Roma, Sez. spec. in materia di imprese, Decr., 13 febbraio 2020, n.964 in *Società*, 2020, 8-9, 974, con nota di E. BONAVERA, *L'iscrizione nel registro delle imprese della nomina del socio accomandante quale amministratore provvisorio*.

all'amministratore provvisorio nel solo caso del venir meno di tutti gli accomandatari<sup>23</sup>. Se da un lato tale conclusione non sembra contestabile su un piano logico, l'interpretazione proposta deve accordarsi con la lettera della norma, confutando l'argomento utilizzato per escludere l'applicazione analogica dell'art. 2323 c.c., che fa leva, come precedentemente esposto, sul relativo carattere eccezionale.

A tali fini, potrebbe essere utile considerare come, nel contesto redazionale del Codice civile, la disposizione sia stata configurata come espressione della stretta correlazione tra l'attribuzione di funzioni gestorie e la qualità di socio, frutto della forte convinzione che il potere amministrativo costituisca un adeguato corrispettivo per l'assunzione della responsabilità illimitata<sup>24</sup>. Secondo la dottrina tradizionale<sup>25</sup>, il legislatore, nel delineare i sistemi di amministrazione delle società di persone, sembrerebbe aver presupposto due considerazioni principali: da un lato, l'individuazione della fonte del potere gestorio nel rapporto sociale, dall'altro, la previsione dell'inderogabilità della responsabilità personale dei soci per le obbligazioni sociali assunte, prospettiva che parrebbe emergere dal principio enunciato dall'art. 2267 c.c. che escluderebbe la possibilità di coinvolgimento di un terzo estraneo<sup>26</sup>. Se dunque la regola generale prevede il riconoscimento del potere di amministrazione in capo ai soli soci<sup>27</sup>, la previsione di un'amministrazione provvisoria nelle s.a.s.,

<sup>23</sup> Dello stesso avviso si veda Cass. civ., Sez. I, 23 luglio 1994, n. 6871 in *Giust. civ.*, cit., 2515, cit., con riferimento all'ipotesi analoga di dimissioni volontarie dalla carica di amministratore dell'unico socio accomandatario. In tale pronuncia si ravvisa che, in detta ipotesi, non può determinarsi uno scioglimento immediato della società che, al contrario, è subordinato alla mancata previsione di un nuovo accomandatario o all'assunzione della relativa qualità dall'accomandante superstite.

<sup>24</sup> L'assoluta assimilazione del potere di amministrazione ai soci illimitatamente responsabili può condividersi *in toto* solo con riferimento alle società commerciali; nelle società semplici la responsabilità illimitata si connette al potere di rappresentanza che configura solo un aspetto dell'amministrazione, senza tuttavia esaurirne la portata. Così, M. GHIDINI, *Le società personali*, Padova, 1974, 420.

<sup>25</sup> Così, F. DI SABATO, *Manuale delle società*, Torino, 1995, 127-128; F. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, cit., 110 ss.; G. COTTINO, *Diritto commerciale*, Padova, 1987, 164 ss.

<sup>26</sup> F. DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., 127.

<sup>27</sup> M. GHIDINI, *Le società personali*, cit., 418 ss. per il quale se i soci accomandanti sono esclusi dall'amministrazione, a maggior ragione deve dirsi per i terzi, ravvisandosi le differenze rispetto al sistema di gestione delle società di capitali previsto espressamente dal legislatore; F. GALGANO, *Degli amministratori di società personali*, cit., 30 ss. per il quale l'amministratore si identifica con «il socio al quale è riservata la direzione degli affari sociali».

attribuita a soggetti privi di responsabilità illimitata, non potrebbe che qualificarsi come ipotesi eccezionale.

Non si può tuttavia trascurare di considerare come le più innovative posizioni dottrinali<sup>28</sup> tendano a negare la rigida eccezionalità della norma, sia nel caso in cui l'amministrazione provvisoria sia affidata ad un terzo estraneo, sia nell'ipotesi in cui – qualora lo si ritenga possibile – sia affidata ad un accomandante. Tale affermazione coinvolge necessariamente il tradizionale tema relativo alla facoltà di nominare amministratore un terzo non socio, fattispecie non contemplata dalla legge, ma di indubbia rilevanza pratica. La conclusione positiva è sostenuta facendo leva, da un lato, sulla mancanza di un divieto legislativo espresso, dall'altro, sull'ampio spazio riconosciuto all'autonomia contrattuale nelle società di persone tale da rimettere alla libera determinazione dei soci il regolamento del sistema di amministrazione<sup>29</sup>. La qualità di amministratore, inoltre, non sarebbe una caratteristica connaturata allo *status socii*, ma troverebbe la propria fonte in un rapporto diverso dal rapporto sociale che da alcuni è identificato nel contratto di mandato<sup>30</sup>, da altri in un rapporto atipico attributivo di poteri e doveri più ampi di quelli di un mandatario<sup>31</sup>.

Se questa conclusione è condivisibile<sup>32</sup>, è altrettanto corretto rite-

<sup>28</sup> Ammette la possibilità di nominare amministratore un terzo estraneo, quanto meno nelle società in nome collettivo, F. TASSINARI, *La rappresentanza nelle società di persone*, Milano, 1993, 143ss; CNN Studio n. 5618/2005/I, *Riflessi della riforma sull'amministrazione delle società di persone* di R. Guglielmo, 8 ss.

<sup>29</sup> In questo senso, in particolare G. FERRI, *Manuale di Diritto Commerciale*, cit., 254-25.

<sup>30</sup> G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale 2 – Diritto delle società*, Torino, 2020, 92, nota 77.

<sup>31</sup> F. DI SABATO, *Manuale delle società*, cit., 128.

<sup>32</sup> La dissociazione della qualità di socio dalla funzione di amministratore risulta confermata dalla riforma del diritto societario che, ammettendo la partecipazione in società di persone anche di società di capitali e prevedendo che a queste ultime possa affidarsi un incarico gestorio, impone la designazione di una componente persona fisica della società partecipante, di fatto soggetto quindi estraneo alla società partecipata. Passa in rassegna le posizioni dottrinali in materia, A. RICCIO, *La società di capitali può dunque, essere socia amministratrice di una società di persone* in *Contr. e impr.*, 2004, 314 ss. In una posizione assolutamente contraria, circa la possibilità di ammettere l'amministrazione di un terzo estraneo R. RUSSO, *L'amministratore non socio nelle società di persone tra antiche questioni e intelligenza artificiale: tertium datur?* in *Riv. Soc.*, 2022, 4, 886 secondo il quale l'amministrazione di una società di persone attribuita ad una società di capitali partecipante sembrerebbe confermare la necessità di attribuire le funzioni gestorie solo ad un soggetto appartenente alla compagine sociale, poiché la circostanza per cui la partecipata - socia ricorra, per l'esercizio delle relative attribuzioni, ad una persona fisica «non eleva quest'ultima al rango di amministratrice della società di persone, ma

nere che il potere di amministrare non possa identificarsi nei poteri di iniziativa, attribuiti esclusivamente ai soci, che si manifestano anche attraverso la regolamentazione del sistema di amministrazione della società<sup>33</sup> e che restano fermi pur nell'ipotesi in cui la funzione amministrativa sia attribuita a soggetti estranei; il coinvolgimento di un terzo non priva i soci del potere di direzione dell'impresa comune e di fatto non determina alcuna alterazione del principio della responsabilità illimitata per le obbligazioni sociali<sup>34</sup>, poiché questi ultimi mantengono i poteri di controllo, revoca e sostituzione degli amministratori stessi. Anzi, la soluzione prospettata potrebbe ritenersi anche vantaggiosa per i creditori, i quali potrebbero sempre far valere la responsabilità dei soci e, in aggiunta, aggredire, a titolo di responsabilità extracontrattuale, il patrimonio personale del terzo amministratore che abbia tenuto un comportamento illecito<sup>35</sup>.

Con tali considerazioni non si intende sostenere che nelle società in accomandita semplice sia generalmente ammessa la possibilità di affidare l'amministrazione ad un terzo non socio<sup>36</sup>, in quanto si tratterebbe di un'affermazione difficilmente conciliabile con il dettato dell'art. 2318 c.c., nel quale si prevede espressamente che la gestione sia attribuita ai soci accomandatari, escludendo in radice la compresenza di un soggetto estraneo<sup>37</sup>. Si vuole, semplicemente, evidenziare come appaia ormai superato il sistema di amministrazione del-

---

risponde semmai ad una necessità ineluttabile di tipo naturalistico».

<sup>33</sup> Accoglie le recenti posizioni dottrinali, la giurisprudenza Trib. Roma, Decr., 25 agosto 2021, n. 4971 in *Giur. It.*, 2022, 8,9, 1903, nota di R. RUSSO, *La società semplice può essere amministrata da chi non sia socio? Considerazioni critiche sulla risposta affermativa del Tribunale di Roma*.

<sup>34</sup> CNN Studio n.5618/2005/I, *Riflessi della riforma sull'amministrazione delle società di persone* di R. Guglielmo, cit.,12.

<sup>35</sup> F. TASSINARI . *La rappresentanza nelle società di persone*, cit., 149.

<sup>36</sup> La conclusione negativa deve estendersi anche alle società semplici in cui sia pattuita l'esclusione della responsabilità dei soci che non agiscano personalmente, poiché in questo caso non vi sarebbe più alcun soggetto illimitatamente responsabile. In alternativa, è stato proposto di condizionare la possibilità di attribuire le funzioni gestorie ad un terzo alla circostanza che i soci non abbiano convenzionalmente limitato *in toto* la responsabilità personale. Questa la posizione anche della giurisprudenza più recente, si veda Trib. Roma, Decr., 25 agosto 2021, n. 4971, in *Giur. It.*, cit., 1903.

<sup>37</sup> Tuttavia, si segnala Trib. Roma, Decr., 25 agosto 2021, n. 4971, in *Società*, 2022, 67 ss., con nota di N. DE LUCA, F. PERRECA, *Ammissibilità dell'amministratore non socio nelle società di persone*, per i quali l'art. 2318 c.c. nell'attribuire la funzione gestoria agli accomandatari, sembrerebbe limitarsi ad escludere da tale attività i soli accomandanti e non qualsiasi altro soggetto esterno.

le società di persone, complessivamente inteso, fondato sul rigido principio di attribuzione dell'amministrazione in capo ai soli soci e, pertanto, in termini analoghi, non possa considerarsi eccezionale il coinvolgimento in società di un terzo estraneo, a maggior ragione se chiamato ad esercitare funzioni solo provvisorie. A conclusioni non dissimili si potrebbe pervenire anche se la gestione provvisoria fosse attribuita ad un accomandante: ed infatti, qualora si analizzi il carattere della norma alla luce del rapporto tra il divieto di immissione e l'attribuzione del potere di gestione provvisoria al socio accomandante, come sarà meglio delineato in seguito, si sarebbe portati ad evidenziare che l'accomandante ha poteri di intervento e di collaborazione sulla gestione tali da rendere «difficile configurare l'attribuzione dell'amministrazione provvisoria come un'eccezione alla regola»<sup>38</sup>.

Considerata quindi la *ratio* dell'art. 2323 c.c. e negato il carattere eccezionale della norma, dovrebbe propendersi per l'applicazione analogica della disposizione anche alle fattispecie non espressamente previste, prima fra tutte quelle di revoca giudiziale della facoltà di amministrare comminata al socio accomandatario-amministratore<sup>39</sup>. Tale conclusione, tuttavia, non potrebbe essere generalizzata, dovendosi circoscrivere alle sole ipotesi in cui tutti i soci accomandatari si trovino nell'impossibilità di amministrare, per impedimento o per revoca, e non anche ai casi in cui vi siano altri accomandatari in condizione di assumere la gestione sociale<sup>40</sup>.

#### **4. Il socio accomandante nominato amministratore provvisorio.**

Una volta delineato l'ambito di applicazione dell'art. 2323 c.c., occorre evidenziare le caratteristiche dell'amministrazione provvisoria ivi disciplinata. La norma, infatti, si limita a prevedere tale eventualità, senza individuare, però, il soggetto legittimato ad esercitare le funzioni gestorie, e stabilendo soltanto che la sua nomina è di competenza dei soci accomandanti e che l'amministratore provvi-

---

<sup>38</sup> Cit. P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., 211.

<sup>39</sup> Sembrerebbe una conclusione scontata per C. CONFORTI, *La società in accomandita semplice*, cit., 56. Accolta di recente in giurisprudenza: si veda Trib. Milano, Sez. spec. in materia di imprese, 10 marzo 2016, n. 9549 in *Giur.it*, 2017, 1, 125 con nota di B. PETRAZZINI, *Sull'esclusione del socio accomandatario in una società di due soci*.

<sup>40</sup> P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., p. 209.

sorio, in ogni caso, non assume la qualità di socio accomandatario. Si è pertanto discusso se, in caso di sopravvenuta mancanza di soci accomandatari, l'amministrazione provvisoria possa essere assunta da un socio accomandante.

La giurisprudenza ha escluso tale possibilità, ritenendo che il socio accomandante, ancorché unico superstite, non possa rivestire la qualità di rappresentante della società per il solo fatto di aver assunto in concreto la gestione sociale<sup>41</sup>, in quanto la limitazione di responsabilità che caratterizza tale categoria di soci sarebbe assolutamente incompatibile con il compimento di atti di amministrazione. Tale conclusione avrebbe ragione di essere condivisa qualora si facesse riferimento al sistema amministrativo di una società in accomandita semplice generalmente inteso, senza aver riguardo alla specifica ipotesi dell'art. 2323 c.c. che si pone al di fuori di questo ambito. Si tratta, tuttavia, di una tesi che «pretende di leggere alla luce di una norma generale, *rectius* di fattispecie, una disposizione speciale»<sup>42</sup>.

A ben vedere, in realtà, le pronunce considerate sono volte a regolare un'ipotesi differente poiché, pur essendo chiamate a sindacare la validità della nomina di un socio accomandante unico superstite quale amministratore provvisorio, hanno ad oggetto il caso specifico in cui manchi una nomina espressa per tale carica. Le Corti, infatti, si limitano a ribadire che, anche in presenza di un unico accomandante superstite, non sarebbe possibile prescindere da una nomina formale nei modi richiesti dall'art. 2323, comma 2, c.c.; pertanto, l'eccezionale legittimazione attribuita all'unico accomandante, in qualità di amministratore provvisorio, non potrebbe derivare dalla mera assunzione in concreto della gestione sociale. È indiscutibile, quindi, che in mancanza di una nomina espressa, l'accomandante che provveda autonomamente all'amministrazione sociale si troverebbe ad esercitare prerogative attribuite esclusivamente all'accomandatario<sup>43</sup>, ingenerando nei terzi il dubbio di aver assunto la qualità di socio accomandatario e andando a violare il divieto di immistione di cui all'art. 2320 c.c..

<sup>41</sup> Cass. civ., Sez. VI, 7 luglio 2011, 15067, in *Le Società*, 2011, 9, 1098 nota di V. CARBONE, *Osservatorio di giurisprudenza di legittimità*, così confermando le posizioni più risalenti che negano un'investitura *ope legis* in favore dell'accomandante superstite. Tra queste, si veda Cass. civ., Sez. III, 2 Dicembre 1983, n. 7204, in *Dir. fall.*, 1984, 3, 26.

<sup>42</sup> Cit. P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., 206.

<sup>43</sup> R.WEIGMANN e G. COTTINO, *Società di persone e Consorzi*, cit., 316.

La prevalente dottrina, facendo leva sulla lettera della norma, ammette, al contrario, la possibilità di coinvolgimento nella gestione del socio limitatamente responsabile: se, da un lato, non vi è alcun divieto espresso, dall'altro, la precisazione per cui l'amministratore provvisorio non assume la qualità di accomandatario potrebbe comprendersi solo rispetto ad un socio accomandante che, eccezionalmente, sia investito di questa carica<sup>44</sup>. Un terzo estraneo, infatti, non potrebbe assumere automaticamente la posizione di socio tale da rendere necessaria la precisazione. La nomina dell'accomandante potrebbe dirsi persino opportuna trattandosi di un soggetto che già conosce le dinamiche sociali e si inserisce in una fase neutra in cui il legislatore consente ai soci superstiti di valutare l'opportunità di continuare nell'esercizio dell'impresa in forma sociale<sup>45</sup>: tale conclusione sarebbe perfettamente coerente con il carattere personale delle società di persone, né in contrario può escludersi che il divieto di immistione ricomprenda una fattispecie simile, eccezionale e circoscritta nel tempo e nei presupposti<sup>46</sup>. Infatti, «il divieto di immistione posto a carico degli accomandanti, nel silenzio dell'art. 2323 c.c., non abbraccia l'ipotesi di gestione circoscritta nel tempo ed imposta dalle circostanze quale quella dell'amministratore provvisorio nominato ai sensi del secondo comma della citata norma. Pertanto, l'amministratore provvisorio potrà essere scelto anche nell'ambito della categoria degli accomandanti»<sup>47</sup>.

Tali ultime conclusioni sembrerebbero accolte dalla più recente giurisprudenza di merito sottolineando la natura cautelare della nomina prevista ai sensi dell'art. 2323, comma 2, c.c.<sup>48</sup>. L'ordinanza

<sup>44</sup> Così, P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., 204; F. DI SABATO, *Diritto delle società*, cit., 182; F. FERRARA JR., F. CORSI, *Gli imprenditori e le società*, cit., 339.

<sup>45</sup> In questo senso P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., 204; ma per l'opinione contraria si veda R. RUSSO, *L'amministratore non socio nelle società di persone tra antiche questioni e intelligenza artificiale: tertium datur?* cit., 894 il quale, dando per presupposta la possibilità di nominare un accomandante quale amministratore provvisorio, ritiene, al contrario, che il soggetto più idoneo a rivestire tale qualifica sia un terzo estraneo, soprattutto in tutti quei casi in cui il socio superstite, alla scadenza del termine, avesse intenzione di porre la società in liquidazione anziché proseguire nello svolgimento dell'attività.

<sup>46</sup> Lo nega espressamente P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., 204.

<sup>47</sup> Cfr. Commissione Studi Societari, Comitato Notarile della regione Campania, Massima n. 17, *Divieto di immistione a carico degli accomandanti – amministrazione temporanea ai sensi dell'art. 2323, comma 2, c.c. – non sussiste – assunzione della carica di amministratore provvisorio da parte dell'accomandante – ammissibilità*.

<sup>48</sup> Trib. Roma, Sez. spec. In materia di imprese, Decr., 13 febbraio 2020, n. 964 in *Società*, cit., 974.

da cui trae spunto il presente scritto riprende le considerazioni di tale ultimo orientamento, secondo il quale non esisterebbero motivi ostativi all'assunzione da parte dell'accomandante della qualità di amministratore provvisorio, considerato che – come si è cercato di illustrare – siffatta figura è prevista solo in un'ipotesi straordinaria e temporanea in cui si manifesta la necessità di superare lo stato di stallo in cui versa la società. D'altro canto, questa possibilità sembrerebbe legittimata alla luce degli stessi limiti posti dal legislatore per delimitare la fattispecie. L'amministratore provvisorio, infatti, non può essere equiparato ad un socio accomandatario a cui è attribuita una facoltà di amministrare piena, in grado di rispettare perfettamente la correlazione tra rischio e responsabilità; al contrario, la limitazione di responsabilità dell'amministratore provvisorio si giustifica proprio in relazione alla restrizione dei suoi poteri gestori. La limitazione è duplice – temporale e qualitativa – se si considera che la sua attività è circoscritta ad un periodo predefinito, non superiore ai sei mesi, richiamati dal primo comma della norma, ed ai soli atti di ordinaria amministrazione: solo entro questi limiti è possibile ritenere che lo spazio di amministrazione delineato dall'art. 2323, comma 2, c.c. si ponga al di fuori del divieto di immistione, così da consentire che anche l'accomandante possa assumere tale incarico. Si tratta, quindi di un'invasione legittima delle sfere di competenza tipiche degli accomandatari poiché, appunto, circoscritta nel tempo e nell'oggetto.

### **5. Il caso limite: l'autonomia dell'unico accomandante.**

Merita soffermarsi, infine, sulla questione attinente alla facoltà dell'unico socio accomandante di autonominarsi amministratore provvisorio, fattispecie che assume rilievo sia nel caso di società create *ab origine* a carattere bipersonale, sia quando, in un'ipotesi patologica, oltre a essere venuta meno la categoria degli accomandatari, sia mancata anche la pluralità dei soci nel suo complesso<sup>49</sup>. L'interrogativo muove dalla necessità di comprendere se le soluzioni adottate nell'ambito società pluripersonali, espressamente previste dal legislatore o estese in via interpretativa, possano riprodursi con facilità

<sup>49</sup> In tale ipotesi, non vi è dubbio che la disciplina dettata dall'art. 2323 c.c., in quanto finalizzata a regolare una fattispecie specifica, operi in sovrapposizione rispetto a quella generica dettata per società di persone *ex art.* 2272, n. 4, c.c.: C. CONFORTI, *La società in accomandita semplice*, cit., 54.

e senza ulteriori adattamenti anche nell'ipotesi di organizzazione collettiva di due soli soci. Una volta calata la problematica generale nel caso di specie, un dubbio circa la legittimità dell'autonomia potrebbe porsi solo presupponendo l'esistenza di differenze strutturali tra le società in cui siano rimasti almeno due accomandanti e quelle in cui ne sia rimasto uno solo, legittimando in tale ultimo caso una diversa declinazione dell'art. 2323 c.c.<sup>50</sup>. Si consideri, tuttavia, che, qualora sull'assunto di una presunta diversità tra le società bipersonali e pluripersonali si volesse negare la legittimità di tale autonomia, si perverrebbe all'inevitabile scioglimento della società, non avendo il legislatore previsto, quale strumento alternativo, il ricorso all'autorità giudiziaria per ottenere l'individuazione di un soggetto legittimato all'esercizio dell'amministrazione provvisoria<sup>51</sup>. La conclusione negativa, quindi, non sembrerebbe coerente con la *ratio* dell'art. 2323 c.c., più volte ribadita, di garantire che, in attesa che della ricostituzione della dualità delle categorie, la società continui ad operare. Al contrario, non potrebbe negarsi che siffatta esigenza si manifesti in maniera identica sia nell'ipotesi in cui permanga una pluralità di soci nell'ambito della medesima categoria che in presenza di unico socio superstite accomandante.

Se si condividono le conclusioni precedentemente esposte circa la possibilità di attribuire temporaneamente la funzione amministrativa anche ad un socio accomandante e considerate le finalità sottese al regime di amministrazione delle società di persone complessivamente inteso, la soluzione positiva in ordine alla legittimità dell'autonomia dell'unico accomandante superstite è una conseguenza

<sup>50</sup> La disciplina societaria è costruita sul paradigma tipico delle società pluripersonali; pertanto, è possibile che *anche* le società bipersonali possano presentare delle anomalie, ma un'alterazione della disciplina societaria potrebbe giustificarsi solo in presenza di differenze fattuali particolarmente rilevanti; in questo senso P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., 1985, 205.

<sup>51</sup> Si segnala, tuttavia, l'alternativa esaminata da M. SERRA, *Della trasformazione della società in accomandita semplice con unico socio accomandante nel "semestre di grazia"* in *Rivista delle società*, 2022, 1, 41ss. che si interroga circa la possibilità di evitare lo scioglimento della società non solo tramite la ricostituzione della pluralità di soci, ma anche attraverso una decisione unilaterale di trasformazione durante il termine semestrale, recepita per il tramite di un atto notarile. L'autore, quindi, non affronta il tema della prosecuzione in fatto dell'attività di impresa alla scadenza del periodo di grazia (pur manifestando dubbi a riguardo), ma evidenzia la doverosità di una preventiva ricomposizione della compagine sociale onde evitare che la scelta dell'unico socio superstite di modificare la struttura organizzativa nella forma di una s.r.l. unipersonale, possa rappresentare uno strumento di elusione della disciplina della trasformazione.

naturale e perfettamente coerente con le esigenze di conservazione dell'impresa.

Infatti, da un punto di vista formale, è lo stesso art. 2323 c.c. che, come in precedenza accennato, da un lato, riserva la facoltà di nomina ai soci accomandanti, dall'altro, non chiarisce l'ambito dei soggetti entro i quali vada effettuata la scelta. Pertanto, non potrebbe ritenersi che una volta «riconosciuta la legittimità dell'assunzione della veste di amministratore provvisorio da parte dell'accomandante, il principio possa negarsi nelle società di due soli soci»<sup>52</sup>. La fattispecie, infatti, non dovrebbe ritenersi diversa da quella in cui, in presenza di soli due soci accomandanti, uno di questi assuma la gestione temporanea della società. Anche in tale caso, infatti, il socio individuato quale possibile amministratore provvisorio sarebbe chiamato ad esprimere una preferenza in ordine alla sua nomina, a meno che non gli si neghi il diritto di voto nella relativa decisione, ma tale ultima affermazione non sembrerebbe supportata da alcun riferimento normativo<sup>53</sup>. Le delineate conclusioni, inoltre, non potrebbero ritenersi negate dalla giurisprudenza che, interrogata in ordine alla corretta interpretazione dell'art. 2323 c.c., sembrerebbe limitarsi a ribadire la necessità di una nomina espressa dell'accomandante, ancorché unico superstite, ammettendo implicitamente la possibilità di un'autonominazione.<sup>54</sup>

Le stesse riflessioni potrebbero essere riproposte nel caso di revoca del socio accomandatario dalla carica di amministratore cui non consegua la relativa esclusione. In tal caso, sembrerebbero prospettarsi due soluzioni: la prima potrebbe essere quella di confermare la posizione della giurisprudenza più risalente, che individuava nella fattispecie in discorso un dissidio tra soci tale da rendere impossibile il conseguimento dell'oggetto sociale<sup>55</sup>, determinando l'applicazione dell'art. 2272, n. 2, c.c. ed escludendo in radice la possibilità di amministrazione provvisoria; la seconda, invece, sarebbe quella di aderire alle conclusioni sopra delineate circa l'estensione analogica dell'art. 2323 c.c., escludendo, in quest'ultimo caso, un'applicazione solo parziale della disposizione in assenza di radicali differenze tra

<sup>52</sup> Cit. P. MONTALENTI, *Il socio accomandante*, cit., 205.

<sup>53</sup> È evidente che nel caso in cui i due soci esprimano voti opposti, la società si scioglierebbe ex art. 2272, n. 2, c.c. per impossibilità di funzionamento.

<sup>54</sup> Da ultimo, si veda Trib. Roma, Sez. spec. in materia di imprese, Decr. 13 febbraio 2020, n. 964 in *Società*, cit., 974.

<sup>55</sup> Cass. civ., Sez. I, 23 luglio 1994, n. 6871 in *Giust. civ.*, cit.

le fattispecie ivi disciplinate.

In conclusione, l'individuazione dell'ambito applicativo delle disposizioni codicistiche non potrebbe prescindere dall'interpretazione sistematica delle stesse, tenendo in considerazione che, specialmente nell'ambito delle società, ciascuna norma rappresenta il tassello di un più ampio meccanismo dettato in funzione di garanzia del corretto funzionamento dell'impresa alla luce dei molteplici interessi giuridici ed economici coinvolti. In questa prospettiva, appare coerente la valorizzazione della *ratio* dell'art. 2323 c.c. al fine di ricomprendervi la pluralità di ipotesi pratiche, come considerate nel presente scritto.



# Peculiarità della disciplina della redazione del bilancio e dell'informazione contabile nei modelli di esercizio dell'impresa con partecipazione pubblica: società a partecipazione pubblica e aziende speciali

VINCENZO VITALE

(Avvocato e Dottore di ricerca in Diritto Comune Patrimoniale –  
Università degli Studi di Napoli Federico II)

## Abstract

Il contributo, dopo aver posto in evidenza, nell'ambito dei modelli utilizzabili dagli enti locali per l'esercizio dell'attività d'impresa, le differenze tra l'azienda speciale e le società a partecipazione pubblica, si propone di approfondire le possibili ricadute che la scelta dell'uno o dell'altro strumento possa determinare in ordine all'applicazione delle regole in tema di bilancio e responsabilità degli organi di gestione. In particolare, il lavoro si sofferma sulla rilevanza della figura del direttore generale ai fini della predisposizione del bilancio delle aziende speciali, nonché sulla possibile operatività, nei confronti degli amministratori di queste ultime, del reato di false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c.

*The paper, after highlighting the differences between «azienda speciale» and publicly-owned companies in the context of the models that can be used by local entities to conduct business activities, aims to examine the possible effects that the choice of one or other instrument may have on the application of rules about financial statement and directors' liability. In particular, the work points out the relevance of the figure of the general manager for the purposes of preparing the financial report of «azienda speciale», as well as on the applicability, with regard to the directors of the latter, of the crime of false corporate communications under Article 2621 of the Italian Civil Code.*



**Sommario:** 1. Premessa 2. Le disposizioni in materia di aziende speciali di cui alla l. n. 147/2013 3. Cenni sulla governance delle società a controllo pubblico 4. La controversa qualificazione delle aziende speciali 5. Peculiarità della formazione del bilancio nel modello delle aziende speciali 6. Il problema dell'applicabilità della disciplina delle false comunicazioni sociali agli amministratori delle aziende speciali

## **1. Premessa**

Il permanere di un diffuso ricorso da parte degli enti pubblici locali allo strumento dell'azienda speciale (derivata dal previgente istituto dell'azienda municipalizzata), in alternativa allo strumento della società a partecipazione pubblica (modello ispirato a più spiccata adesione alle regole di mercato e alla disciplina privatistica di esercizio della attività di impresa), suggerisce riflessioni sulla ricaduta dell'opzione per l'uno o per l'altro modello sulla disciplina del bilancio e delle informazioni relative alla gestione e alla contabilità (e a monte su ruolo e disciplina dell'organo amministrativo rispetto a tali temi); aspetti che, nell'ambito di un amplissimo dibattito e di una diffusissima letteratura sulle partecipazioni pubbliche, non sempre appaiono destinatari di particolare attenzione.

## **2. Le disposizioni in materia di aziende speciali di cui alla l. n. 147/2013**

Esiste una serie di disposizioni comuni ai diversi strumenti di partecipazione della mano pubblica all'esercizio dell'attività d'impresa, che incidono anche su regole e contenuti di contabilità e bilancio: si va dalla generale incidenza degli obblighi derivanti dal patto di stabilità ad una serie di disposizioni speciali previste per specifici settori, in particolare introdotte in maniera sistematica dall'art. 1 della l. 27 dicembre 2013, n. 147 (Legge di stabilità 2014).

Al di là delle prescrizioni di settore, la menzionata disposizione ha previsto una serie di regole di portata generale, mantenute in vigore (sebbene con modificazioni) a seguito del riordino operato dal d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, nel testo integrato e corretto dal d.lgs. 16 giugno 2017, n. 100 (d'ora in avanti t.u.s.p.), che incidono sui temi in esame e che regolano in maniera comune sia la società a partecipazione pubblica di maggioranza sia l'azienda speciale. Dette regole possono essere individuate come segue:

- a) obbligo di concorrere alla realizzazione degli obiettivi di finanza pubblica, perseguendo la sana gestione dei servizi secondo criteri di economicità e di efficienza (cfr. comma 553),

- con sicure ricadute anche sui criteri di redazione del bilancio;
- b) obbligo, in caso di affidamento diretto da parte di soggetti pubblici per una quota superiore all'80 per cento del valore della produzione, a decorrere dall'anno 2015, di procedere, se nei tre esercizi precedenti gli enti abbiano conseguito un risultato economico negativo, alla riduzione del 30 per cento del compenso dei componenti degli organi di amministrazione, qualora sia previsto (comma 554);
- c) previsione di un risultato economico negativo per due anni consecutivi quale giusta causa ai fini della revoca degli amministratori, salvo che il risultato economico, benché negativo, sia coerente con un piano di risanamento preventivamente approvato dall'ente controllante (comma 554);
- d) obblighi di accantonamento da parte delle pubbliche amministrazioni locali partecipanti, nel caso in cui i soggetti in esame presentino un risultato di esercizio o saldo finanziario negativo, nell'anno successivo in apposito fondo vincolato di un importo pari al risultato negativo non immediatamente ripianato, in misura proporzionale alla quota di partecipazione (comma 551)<sup>1</sup>;
- e) previsione che, a decorrere dall'esercizio 2017, in caso di risultato negativo per quattro dei cinque esercizi precedenti, i soggetti siano posti in liquidazione entro sei mesi dalla data di approvazione del bilancio o rendiconto relativo all'ultimo esercizio, con sanzione, in caso di inottemperanza, di nullità degli atti di gestione posti in essere e di responsabilità erariale delle amministrazioni socie/partecipanti, salvo che il recupero dell'equilibrio economico delle attività svolte sia comprovato da un idoneo piano di risanamento aziendale (comma 552);
- f) applicazione del regime dei divieti e delle limitazioni alle assunzioni di personale e degli obblighi di contenimento degli oneri contrattuali e delle altre voci di natura retributiva o indennitaria e per consulenze, previsti per le amministrazioni controllanti (comma 557)<sup>2</sup>;

<sup>1</sup> L'obbligo di intervento dell'ente locale a copertura delle perdite era stato già sancito dalla giurisprudenza contabile, per le aziende speciali, con precisazione anche delle voci del proprio bilancio alle quali l'ente locale potesse attingere: cfr. Corte Conti Lombardia, Sez. Reg. Contr., 2008, parere n. 82.

<sup>2</sup> L'estensione è prevista in particolare anche alle aziende speciali, alle istituzioni e alle

g) obbligo di rispettare le norme in materia di anticorruzione e trasparenza, come previsto con delibera ANAC n. 1134/2017, considerato che la l. 190/2012, con tutti gli atti e vincoli ad essa connessi, si applica alle Pubbliche Amministrazioni di cui all'art. 1, 2° comma, d.lgs. 165/2001, agli enti di diritto pubblico economico, e a tutti gli enti di diritto privato regolati o finanziati dalla Pubblica Amministrazione.

### **3. Cenni sulla governance delle società a controllo pubblico**

Posto tale primo generale blocco di deroghe, nel modello della partecipazione pubblica in società di capitali si può affermare che il regime dei profili in esame non appare discostarsi, nei tratti essenziali, dalla disciplina del modello societario prescelto, con declinazione, in particolare quanto alle regole in tema di contenuti e di procedimento di formazione del bilancio, della qualificazione in senso prevalentemente “privatistico” della società a partecipazione pubblica e della configurazione della medesima come società in senso proprio,

---

società a partecipazione pubblica locale totale o di controllo che siano titolari di affidamenti diretti di servizi senza gara, ovvero che svolgano funzioni volte a soddisfare esigenze di interesse generale aventi carattere non industriale né commerciale, ovvero che svolgano attività nei confronti della pubblica amministrazione a supporto di funzioni amministrative di natura pubblicistica inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi del quinto comma dell'art. 1 della l. 30 dicembre 2004, n. 311; è prevista comunque una esenzione da tale estensione per le società che gestiscono servizi pubblici locali a rilevanza economica, le quali sono escluse dall'applicazione diretta dei vincoli previsti dal presente articolo; per queste società, l'ente locale controllante, nell'esercizio delle prerogative e dei poteri di controllo, stabilisce modalità e applicazione dei citati vincoli assunzionali e di contenimento delle politiche retributive, che verranno adottate con propri provvedimenti; vi è ancora la possibilità per gli enti locali di riferimento di escludere, con propria motivata deliberazione, dal regime limitativo delle assunzioni di personale per le singole aziende speciali e istituzioni che gestiscono servizi socio-assistenziali ed educativi, scolastici e per l'infanzia, culturali e alla persona (ex IPAB) e le farmacie, fermo restando l'obbligo di garantire il raggiungimento degli obiettivi di risparmio e di contenimento della spesa di personale. La legge di stabilità del 2014 ha qui poi previsto che i soggetti in esame sono obbligati a dotarsi mediante propri provvedimenti di criteri e modalità per il reclutamento del personale, in conformità all'art. 35, 3° comma, d.lgs. 165/2001, sancendo così legislativamente un obbligo concorsuale già rinvenuto ed evidenziato dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20.2.2014, n. 820, in *Redazione Giuffrè*, 2015) e successivamente ulteriormente rimarcato e confermato dalla giurisprudenza di legittimità (cfr. Cass. civile, Sez. Lav., 9.2.2023, n. 3984).

seppure con le deroghe, gli adattamenti e le integrazioni previste analiticamente dalla legge, come da rimando operato dall'art. 1, 3° comma, d. lgs. 175/2016, alla disciplina prevista dal codice civile per il tipo sociale adottato, in quanto non derogata dalla disciplina speciale<sup>3</sup>.

Vanno quindi preliminarmente ricordate le regole prescritte dal t.u.s.p. in tema di nomina e composizione e dell'organo amministrativo delle società a controllo pubblico<sup>4</sup>, le quali evidentemente incidono a monte

<sup>3</sup> Il summenzionato principio, già espresso in altra forma dall'art. 4, 13° comma, d.l. n. 95/2012, — in specie se letto congiuntamente alla prescrizione di cui all'art. 3, 1° comma, t.u.s.p., il quale prescrive che le amministrazioni pubbliche possono partecipare soltanto a società di capitali (s.p.a., s.r.l., cooperative), anche aventi oggetto consortile (art. 2615-ter c.c.) — dimostra che «[p]er le “società a partecipazione pubblica in generale, le deroghe al modello societario di diritto comune sono quindi, tutto sommato, poche e di non grande momento, almeno dal punto di vista strettamente organizzativo»: così F. GUERRERA, *L'amministrazione*, in C. IBBA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica a tre anni dal Testo Unico*, Milano, 2019, 136; sul (tendenziale) «inquadramento privatistico» delle società in esame, cfr. C. IBBA, *Diritto comune e diritto speciale nella disciplina delle società pubbliche*, ivi, 27 ss. (da cui si cita); in *Giur. comm.*, 2019, I, 958 ss.; mentre per una ricostruzione delle società a partecipazione pubblica (legali o speciali) come modelli societari sui quali i vincoli comunitari agiscono «in termini performativi», cfr. F. VESSIA, *Vincoli europei alle partecipazioni pubbliche e riflessi societari*, Napoli, 2020, 50 ss. e *passim*; sul regime dalla società a partecipazione pubblica ampia è anche la dottrina di matrice più tipicamente giuspubblicistica: cfr. M. G. ROVERSI MONACO, *La teoria dell'ente pubblico in forma di società. Considerazioni critiche*, Torino, 2004; F. GOISIS, *Contributo allo studio delle società in mano pubblica come persone giuridiche*, Milano, 2004; F. FRACCHIA, *La costituzione delle società pubbliche e i modelli societari*, in *Dir. econ.*, 2004, 641 e ss.; M. CAMELLI, M. DUGATO, *Studi in tema di società a partecipazione pubblica*, Torino, 2008.

<sup>4</sup> Non sembra superfluo ricordare che le «società a controllo pubblico» sono definite all'art. 2, comma 1, lett. m), t.u.s.p. come le «società in cui una o più amministrazioni pubbliche esercitano poteri di controllo ai sensi della lett. b)», ovvero si trovano nella situazione descritta dall'art. 2359 c.c., avendo presente, peraltro, che il «controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo» (su tale nozione, cfr., per tutti, V. DONATIVI, *Le società a partecipazione pubblica*, Milano, 2016, 1161; ID., «Società a controllo pubblico» e società a partecipazione pubblica, in *Giur. comm.*, 2018, I, 5, 747 ss.; ID., *Sulla nozione di società a controllo pubblico*, in *RDS*, 2021, 1, 13 ss.. Ponendo in relazione fra loro i diversi modelli societari ai quali fa riferimento il t.u.s.p., si è detto che i «confini definitivi di questi modelli si articolano tendenzialmente come cerchi concentrici rispetto alla fattispecie maggiore, con un grado di specialità via via crescente della sequenza “società a partecipazione pubblica-società a controllo pubblico-società in house”, anche se talvolta si sovrappongono fra loro»: F. VESSIA, *Vincoli europei alle partecipazioni pubbliche*, cit., 334; sul rapporto di *genus a species* fra le nozioni di società a partecipazione pubblica e società a controllo pubblico, cfr. G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, cit., in specie 263; sulla delimi-

sugli strumenti di governance della società e su ruolo e funzioni dell'organo amministrativo anche con riferimento ai temi oggetto di analisi: l'organo amministrativo è costituito, di norma, da un amministratore unico (art. 11, 2° comma), là dove solo con delibera motivata con riguardo a specifiche ragioni di adeguatezza organizzativa, e tenendo conto delle esigenze di contenimento dei costi, l'assemblea può disporre che la società sia amministrata da un consiglio di amministrazione composto da tre o cinque membri, ovvero che sia adottato uno dei sistemi alternativi di amministrazione e controllo alternativi a quello tradizionale (3° comma)<sup>5</sup>; è vietato, nella società a responsabilità limitata a partecipazione pubblica, in deroga all'art. 2475, 3° comma, c.c., affidare l'amministrazione congiuntamente o disgiuntamente a due o più soci (5° comma); si applicano agli amministratori i "tetti massimi" ai compensi di tipica impronta pubblicistica (6° comma) e sono imposti divieti di previsione di remunerazioni aggiuntive ed in particolare premi di risultato deliberati dopo lo svolgimento delle attività (10° comma; 9° comma, lett. c); non possono essere nominati amministratori dipendenti delle amministrazioni pubbliche controllanti o vigilanti (8° comma), né amministratori delle controllanti in caso di controllo pubblico indiretto (11° comma); gli statuti devono altresì prevedere l'attribuzione da parte del consiglio di amministrazione di deleghe di gestione a un solo amministratore (salva l'attribuzione di deleghe al presidente ove preventivamente autorizzata dall'assemblea, 9° comma, lett. a), l'esclusione della carica di vicepresidente o la previsione che la carica stessa sia attribuita esclusivamente quale modalità di individuazione del sostituto del presidente in caso di assenza o impedimento, senza riconoscimento di compensi aggiuntivi; infine, il divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società<sup>6</sup>.

---

tazione del campo di applicazione della norma generale rispetto alla norma speciale nella materia *de qua*, cfr. C. IBBA, *Introduzione*, in C. IBBA, I. DEMURO (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica. Commentario tematico ai d.lgs. 175/2016 e 1007/2017*, Bologna, 12.

<sup>5</sup> La regola è stata inserita dall'art. 7, 1° comma 1, lettera a), del d.lgs. 16 giugno 2017 n. 100, con l'introduzione di una preferenza chiara sia per l'amministrazione unipersonale a scapito di quella pluripersonale, sia per il sistema tradizionale a scapito di quelli alternativi (nei quali la nomina dell'amministratore unico è infatti preclusa), con un mutamento di prospettiva rispetto al quadro normativo precedente, che non sembrava affatto privilegiare un modello di amministrazione e controllo in particolare: cfr. L. PICARDI, *op. cit.*, 33; D. U. SANTOSUOSSO, *I sistemi di amministrazione e controllo delle società partecipate da enti pubblici*, in F. GUERRRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010, 138.

<sup>6</sup> Sui complessi profili della *governance* delle società a partecipazione pubblica, cfr., senza

Se sotto molti aspetti tali prescrizioni rispondono ad un'evidente esigenza di contenimento dei costi<sup>7</sup>, sotto molti altri e forse più pregnanti aspetti (e si pensi in particolare ai limiti al conferimento di deleghe, alle cause di incompatibilità e al divieto di istituire organi diversi da quelli previsti dalle norme generali in tema di società, che costituisce una sorta di norma di chiusura) le limitazioni testé illustrate rafforzano il modello privatistico e sono ispirate alla chiara esigenza di evitare che la conduzione imprenditoriale sia affidata a gestori di emanazione pubblica.

Ne deriva un modello nel quale, come e più che nella società con soci privati (nella quale già, ai sensi dell'art. 2381, 5° comma, c.c., la redazione del progetto di bilancio è attribuzione che non può essere delegata ad amministratori delegati e a comitati esecutivi e resta sempre di competenza del consiglio di amministrazione), la redazione del progetto di bilancio è atto dell'organo amministrativo nominato dall'assemblea della società; la tenuta della contabilità e il procedimento di formazione del bilancio appaiono sostanzialmente corrispondenti al modello civilistico, con progetto di bilancio redatto dal consiglio di amministrazione e approvazione richiesta all'assemblea dei soci, seppur partecipata dal solo ente pubblico con partecipazione totalitaria.

Incide significativamente sull'assetto della governance (e anche sul regime degli obblighi informativi connessi al bilancio) la prescrizione di dotazione, nell'ambito degli strumenti integrativi di governo societario (la cui opportunità è rimessa alla valutazione della società

---

pretesa di completezza, F. MASSA FELSANI, *La gestione delle s.p.a. a partecipazione pubblica*, Napoli, 2019, in specie 33 ss.; S. SERAFINI, *L'adeguatezza degli assetti: i modelli organizzativi*, in G. GUIZZI (a cura di), *La governance delle società pubbliche*, cit., 61 ss.; M. STELLA RICHTER jr., *I "controlli" nelle società a partecipazione pubblica*, in *Riv. soc.*, 2018, 5, 1367 ss.; G. D'ATTORRE, *La governance delle società pubbliche*, in *Giur. comm.*, 2020, I, 2, 262 ss.; M. LIBERTINI, *Principio di adeguatezza organizzativa e disciplina dell'organizzazione delle società a controllo pubblico*, *ivi*, 2021, I, 1, 5 ss.; M. LUNGARELLA, *Il socio pubblico e il controllo sulle società a partecipazione pubblica*, in R. MICCÙ (a cura di), *Un nuovo diritto delle società pubbliche*, Napoli, 2019, 55 ss..

<sup>7</sup> Si esprime in termini critici sull'intervento normativo in discorso, segnatamente sulla composizione dell'organo amministrativo in base a quanto disposto dall'art. 11, 2° comma t.u.s.p., F. CUCCU, *Partecipazioni pubbliche e governo societario*, Torino, 2019, 141 ss., il quale osserva come la valutazione dell'intervento medesimo non possa essere condotta solo tenendo conto degli esborsi per compensi degli amministratori, perdendo di vista l'andamento generale del fenomeno; nonché A. MORELLO, *L'amministrazione di società a partecipazione pubblica: spunti critici sull'amministratore unico*, in *Corr. giur.*, 2018, 1, 64 ss..

in considerazione delle dimensioni e delle caratteristiche organizzative nonché dell'attività svolta), di un ufficio di controllo interno strutturato secondo criteri di adeguatezza rispetto alla dimensione e alla complessità dell'impresa sociale, che collabora con l'organo di controllo statutario, riscontrando tempestivamente le richieste da questo provenienti, e trasmette periodicamente all'organo di controllo statutario relazioni sulla regolarità e l'efficienza della gestione (art. 6, 3° comma).

Venendo quindi alle integrazioni alla disciplina societaria dei flussi informativi, il primo obbligo integrativo che merita di essere evidenziato è proprio l'obbligo, prescritto dal 4° comma del detto art. 6, di indicare gli strumenti eventualmente adottati ai sensi del 3° comma nella relazione sul governo societario che le società controllate predispongono annualmente, a chiusura dell'esercizio sociale e pubblicano contestualmente al bilancio d'esercizio; ovvero di dare conto nella medesima relazione delle ragioni per cui tali strumenti integrativi non fossero adottati.

Le società a controllo pubblico sono tenute ad applicare i medesimi obblighi di trasparenza previsti dal d.lgs. n. 33/2013 per le pubbliche amministrazioni, secondo il criterio di compatibilità. Le società controllate pubblicano pertanto dati e informazioni relativi sia all'organizzazione sia all'attività di pubblico interesse svolta e assicurano tanto l'accesso civico c.d. semplice quanto l'accesso civico c.d. generalizzato all'interno della relazione di cui al 4° comma dell'art. 2-bis del succitato d.lgs. n. 33/2013.

#### 4. La controversa qualificazione delle aziende speciali

Sicuramente più spiccata resta la connotazione pubblicistica, con ricadute anche sulla disciplina del bilancio e dei flussi informativi, delle aziende speciali, le quali, già introdotte dall'art. 23 della l. n. 142/1990, sono previste e disciplinate dall'art. 114 del d. lgs. 18 agosto 2000, n. 267 (Testo Unico degli Enti Locali).

Definite dallo stesso legislatore quali enti strumentali dell'ente locale, dotati di personalità giuridica, di autonomia imprenditoriale e di proprio statuto, approvato dal Consiglio comunale e provinciale (art. 114, 1° comma), istituiti per l'erogazione di servizi pubblici o comunque di rilevanza pubblica, le aziende speciali costituiscono lo strumento che ha sostituito e superato il previgente modello delle aziende municipalizzate<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Con l'art. 22 della l. 142/1990 il legislatore aveva concepito diversi modelli di gestione dei servizi pubblici locali. Nello specifico tale norma individuava cinque tipologie organizzative: 1) la gestione in economia, nei casi in cui non è opportuno, per le modeste dimensioni del servizio e l'esiguità del valore della prestazione, creare un'autonoma azienda o una s.p.a.; 2) l'azienda speciale dotata di autonomia operativa, gestionale, contabile e statutaria; 3) la società mista a capitale pubblico-privato; 4) la concessione a terzi (provvedimento fiduciario che consente l'affidamento diretto senza l'espletamento di una gara); 5) l'istituzione per servizi di rilevanza non economica, organismo strumentale dell'ente pubblico dotato di autonomia, ma privo di propria personalità giuridica (cfr. G. SALTELLI, *La concorrenza da principio torna regola. La legittimità dell'azienda speciale come modello "ordinario" di gestione del servizio pubblico: nota a margine della sentenza n. 5444 del 2019 del Consiglio di Stato*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna Online*, 2020, 1; V. VOLPE, *La società affidataria dei servizi pubblici locali*, in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI, *Manuale delle società a partecipazione pubblica*, Bari, 2018, 126 e ss..

Il quadro normativo e giurisprudenziale ha avuto una lunghissima e complessa evoluzione, con diversi interventi normativi (passati anche attraverso declaratorie d'incostituzionalità da parte della Corte Costituzionale); tra essi innanzitutto il d. lgs. 267/2000 (Testo Unico degli Enti Locali), che aveva confermato tale impostazione, ribadendo, all'art. 113, che i servizi pubblici locali potessero essere gestiti nelle seguenti forme: a) in economia, quando per le modeste dimensioni o per le caratteristiche del servizio non sia opportuno costituire una istituzione o una azienda; b) in concessione a terzi, quando sussistano ragioni tecniche, economiche e di opportunità sociale; c) a mezzo di azienda speciale, anche per la gestione di più servizi di rilevanza economica ed imprenditoriale; d) a mezzo di istituzione, per l'esercizio di servizi sociali senza rilevanza imprenditoriale; e) a mezzo di società per azioni o a responsabilità limitata a prevalente capitale pubblico locale costituite o partecipate dall'ente titolare del pubblico servizio, qualora sia opportuna in relazione alla natura o all'ambito territoriale del servizio la partecipazione di più soggetti pubblici o privati. Tra i successivi interventi vanno ricordati il d. l. 138/2010, convertito in legge n. 148/2011, il d. lgs. 50/2016 (Codice dei Contratti pubblici), la pure citata l. 147/2013 (Legge di stabilità 2014), il

Con l'introduzione di tale nuovo modello il legislatore ha inteso attribuire all'organismo una fisionomia aziendale, ispirata ai principi di efficacia, efficienza e economicità, ma per i quali significative e rilevanti funzioni di vigilanza e controllo spettano comunque all'Ente pubblico<sup>9</sup>, il quale, ai sensi del 6° comma, conferisce il capitale di dotazione, determina le finalità e gli indirizzi, approva gli atti fondamentali, esercita la vigilanza, verifica i risultati della gestione e provvede alla copertura degli eventuali costi sociali.

Il modello si è quindi posto all'attenzione degli interpreti come evoluzione del previgente istituto dell'azienda municipalizzata, che consentiva di portare ad ulteriore sviluppo la prospettiva della liceità e della opportunità, già vagliata e ammessa entro certi limiti per il previgente strumento, per l'ente strumentale di agire con metodi imprenditoriali ed aziendalistici, nell'ambito della permanente ed essenziale ispirazione pubblicistica<sup>10</sup>.

---

d. lgs. n. 175/2016 (Testo unico in materia di società a partecipazione pubblica) e, da ultimo, il d. lgs. 36/2023 (Nuovo Codice degli Contratti Pubblici), per l'effetto della quale, in estrema sintesi, e far data essenzialmente dal 2012, si è delineato un sistema di affidamento e gestione dei pubblici servizi secondo due modalità: attraverso imprenditori o società individuati mediante procedure competitive ad evidenza pubblica ovvero attraverso società a partecipazione mista pubblica privata, a condizione che la scelta del socio pubblico avvenga nel rispetto delle procedure competitive di evidenza pubblica., nel mentre solo in via straordinaria, invece, è possibile al ricorrere di situazioni eccezionali, di procedere all'affidamento del servizio ad una società *in house*, a capitale interamente pubblico e partecipata dall'ente affidante. In tale sistema la regola generale sembra essere l'esternalizzazione dell'affidamento del servizio, e il ruolo dell'amministrazione risulterebbe essere quello di mero controllore della realizzabilità di una gestione concorrenziale, mentre la gestione diretta da parte dell'ente è invece relegata ad un'ipotesi eccezionale, e tale quadro sembra aver trovato conforto da ultimo con gli interventi legislativi del 2016 e del 2023, che seppur destinati a specifici settori sembrano privilegiare, come principio generale, l'apertura al mercato (cfr. G. SALTELLI, *op. cit.*).

<sup>9</sup> Cfr. N. AICARDI, *L'attività extraterritoriale delle aziende speciali*, 1992; V. PARISIO, *Aspetti economico-redistributivi e tutela dell'ambiente nell'attività extra moenia dell'azienda speciale*, 1995; SORACE, MARZUOLI, *Le aziende speciali e le istituzioni*, 1996; I. CAVALLINI, M. ORSETTI, *L'Azienda Speciale: un modello attuale per la gestione di servizi pubblici*, in *Azienditalia*, 2019, 10, 1402; F. CAPONI, R. CAMPORESI, *L'Azienda Speciale e la gestione dei servizi comunali. Guida operativa al nuovo modello organizzativo. Con schemi di statuto*, I ed., 2013.

<sup>10</sup> La verifica dell'evoluzione della espansione della componente aziendalistica ed imprenditoriale ha preso le mosse, già in tempo risalenti ed in vigenza del precedente strumento, dalla possibilità che l'ente strumentale potesse svolgere attività "extra moenia": cfr. F. BASSI, *L'attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, 1969; POTOSCHNIG, *Legittima l'attività extraterritoriale delle aziende municipalizzate*, 1971; G. PISHEL, *L'azienda municipalizzata*, Roma, 1972; per lo sviluppo del tema a seguito dell'entrata in vigore del

Organi dell'azienda speciale sono il direttore, al quale compete la responsabilità gestionale dell'azienda e la rappresentanza nei rapporti con i terzi; il consiglio di amministrazione ed il presidente, nominati dall'ente locale (dal Sindaco in caso di azienda speciale del comune), secondo le prescrizioni dettate dallo statuto comunale e dagli indirizzi generali fissati dal consiglio dell'ente locale. Al presidente spetta la rappresentanza dell'azienda nei rapporti con l'ente locale, nello svolgimento di un compito che viene definito ancora generalmente definito come politico<sup>11</sup>; lo statuto aziendale deve poi prevedere un organo di revisione composto di tre membri, ai sensi dell'art. 114, 7° comma, nominato dal Consiglio dell'Ente locale.

L'art. 114, 8° comma, individua gli atti fondamentali sui quali l'ente locale esercita il potere di approvazione e di vigilanza sull'azienda: a) il piano-programma, comprendente un contratto di servizio che disciplini i rapporti tra ente locale e azienda; b) i bilanci economici di previsione pluriennale e annuale; c) il conto consuntivo; d) il bilancio di esercizio.

In applicazione della detta disposizione e dell'art. 74 del d.lgs. n. 118/2011 il bilancio di esercizio è predisposto dal direttore generale, che lo presenta al consiglio di amministrazione, perché quest'ultimo lo approvi e lo presenti a sua volta all'ente locale per la approvazione di questo.

---

nuovo modello N. AICARDI, *op. cit.*; V. PARISIO, *op. cit.*; in giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 aprile 1998, in *Redazione Giuffrè*, 2000, secondo cui un'azienda speciale può assumere o svolgimento di un servizio eccedente l'ambito territoriale dell'ente locale di riferimento solo rispettando regole procedurali inderogabili (nella specie, mediante moduli convenzionali e consortili) e se ciò sia effettivamente correlato alle esigenze della collettività locale di tale ente e non già di quello che s'avvale della sua attività, indipendentemente dagli eventuali benefici economici che tale avvilimento potrebbe implicare sul bilancio dell'azienda e, in ultima analisi, dell'ente di riferimento, il quale, però, potrebbe subire anche i risultati gestionali negativi dell'attività "extra moenia".

<sup>11</sup> In questo senso espressamente V. ITALIA, E. MAGGIORA, A. ROMANO, *L'ordinamento comunale, Strutture – Competenze – Attività*, Milano, 2005, 737 ss.; in giurisprudenza di legittimità da ultimo cfr. Cass. civ., Sez. lav., 9 febbraio 2023, n. 3984, secondo cui la nomina del direttore generale delle aziende speciali, enti strumentali del Comune, istituiti per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione diretta e da ritenersi parti dell'ente territoriale nel quadro della sua organizzazione unitaria, deve avvenire previo svolgimento di procedura concorsuale, ai sensi dell'art. 5 del d.l. n. 702 del 1978, per cui, ove non sia preceduta da pubblico concorso (da intendersi come selezione trasparente, comparativa, basata esclusivamente sul merito e aperta a tutti i cittadini in possesso di requisiti previamente e obiettivamente definiti), la medesima nomina deve ritenersi nulla.

Anche per tale modello l'introduzione di profili di disciplina tipici dell'attività di impresa, accompagnata dalla permanenza di aspetti regolamentari spiccatamente pubblicistici, ha fatto insorgere dubbi interpretativi, fin dalla entrata in vigore dell'istituto, sulla natura giuridica dell'azienda speciale: all'orientamento prevalente secondo cui l'istituto debba considerarsi ente pubblico economico<sup>12</sup> si è contrapposta l'opinione secondo cui l'azienda sia da qualificarsi come ente pubblico non economico<sup>13</sup>.

Tali contrasti interpretativi sono stati chiariti nel senso della ammissibilità di entrambe le qualificazioni, con discriminazione da individuarsi nelle modalità con cui l'ente svolge la sua attività: in linea di principio, l'azienda speciale, come gli altri enti pubblici, è ente pubblico economico se produce, per legge e per statuto beni e servizi con criteri di economicità, ossia con equivalenza tendenziale tra costi e ricavi; se tuttavia l'ente può perseguire diverse finalità con finanziamenti dello Stato e di altri enti pubblici, cioè con proventi diversi dai corrispettivi ottenuti, sarà comunque ente non economico<sup>14</sup>.

La natura dell'azienda speciale resta comunque caratterizzata, nell'opinione dominante, da tratti controversi e comunque da innegabili e rilevanti profili tipicamente pubblicistici, evidenziati più volte dalla giurisprudenza di legittimità, dalla giurisprudenza amministrativa di secondo grado e dalla dottrina, che più volte hanno parlato di "doppia anima" dell'azienda speciale, una legata all'attività di impresa, l'altra all'imprescindibile rapporto di collegamento con l'ente locale<sup>15</sup>, sicché essa è configurabile come un ente titolare di impresa e che agisce con gli strumenti di diritto comune, ma che tuttavia restano nell'alveo della pubblica amministrazione pur quando operi con strumenti privatistici<sup>16</sup>.

Invero, pur essendo chiaro che il modello in esame abbia cessato di essere assimilabile a quello di una "azienda organo" (come erano le municipalizzate) per assumere una "alterità soggettiva", derivata dal conferimento della personalità giuridica, e per essere stata soggetta ad obblighi quali l'iscrizione al registro delle imprese e il deposito

<sup>12</sup> Cfr. V. ITALIA, E. MAGGIORA, A. ROMANO, *op. cit.*, 737; in giurisprudenza *ex multis* Cons. Stato n. 641/2014, in *Redazione Giuffrè*, 2014; Cass. civ. nn. 15661/06, 14101/06, 18015/02 e 10968/01.

<sup>13</sup> Cfr. T.A.R. Veneto, 24 febbraio 1997, n. 487, in *T.A.R.*, 1997, I, 1340.

<sup>14</sup> Cons. Stato, 10 aprile 2015, n. 1842; I. CAVALLINI, M. ORSETTI, *op. cit.*, 1402-1403.

<sup>15</sup> Cfr. G. SALTELLI, *op. cit.*, 14; L. LONGHI, *Dimensioni, percorsi e prospettive dei servizi pubblici locali*, Torino, 2015, 142 e ss..

<sup>16</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 2 settembre 2013, n. 20075.

del bilancio di esercizio, è stato evidenziato espressamente in giurisprudenza e deve correttamente ritenersi che si tratta pur sempre di organismi che restano nell'alveo della Pubblica Amministrazione, tanto da parlarsi di "amministrazione parallela"<sup>17</sup>, cioè di una struttura inquadrata organicamente nella più ampia organizzazione pubblicistica dell'ente pubblico, pur quando eventualmente operano con strumenti privatistici<sup>18</sup>; le aziende speciali conservano, dunque, una natura pubblica, non possedendo uno statuto privatistico di tipo societario e non relazionandosi con l'ente istitutivo secondo schemi e modelli privatistici<sup>19</sup>.

In particolare, con riferimento al ruolo e alle funzioni dei suoi dirigenti, l'azienda speciale è stata considerata in giurisprudenza come una vera e propria articolazione dell'ente conferente, evidenziandosi che i suoi organi sono assoggettati a vincoli gerarchici facenti capo allo stesso ente pubblico, e che, ancora più nel particolare, i dirigenti dell'azienda speciale sono legati alla Pubblica Amministrazione da un "rapporto di servizio" del tutto analogo a quello dei dirigenti preposti ai servizi direttamente erogati dall'Ente pubblico stesso<sup>20</sup>. Ancora, con riferimento a tale ultimo profilo ed in maniera coerente con tale qualificazione, va evidenziato che agli amministratori dell'azienda speciale si applicano, con più restrittiva integrazione del

<sup>17</sup> Cfr. G. SALTELLI, *op. cit.*, 14; Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2017, n. 4435, in *Redazione Giuffrè*, 2018; cfr. anche Cons. Stato, Sez. III, 10 aprile 2015, n. 1842, in *Redazione Giuffrè*, 2016; Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820, cit.; Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444, in *www.anci.it*.

<sup>18</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 2 settembre 2013, n. 20075. La stessa dottrina giuscommerciale non ha trascurato di considerare la questione dell'applicabilità o meno della disciplina del t.u.s.p. (e segnatamente dell'art. 4, recante una disciplina restrittiva della possibilità di costituire nuove società in mano pubblica, sia in punto di competenze e procedure, sia di oggetti sociali ammissibili) alle imprese pubbliche aventi forma non societaria (fra le quali possono rientrare le aziende speciali), ritenendola estensibile in via di interpretazione analogica: cfr. M. LIBERTINI, *Limiti e ruolo dell'iniziativa economica pubblica alla luce del Testo Unico*, in C. IBBA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, cit., 60 s.; A. CAPRARA, *Impresa pubblica e società a partecipazione pubblica*, Napoli, 2017, 297 s.; F. VESSIA, *Vincoli europei alle partecipazioni pubbliche*, cit., 36, 331 s., che condivisibilmente ritiene applicabili alle aziende speciali i vincoli europei, ovvero il canone della necessità e proporzionalità nella scelta dei servizi d'interesse economico generale, la normativa sul finanziamento ai SIEG e ai SIG, la disciplina sugli aiuti di Stato e sugli appalti.

<sup>19</sup> Cfr. Cons. Stato, 20 febbraio 2014, n. 820, cit.; Cass. civ., 25 novembre 2013, n. 26283; Cass. civ., 2 dicembre 2013, n. 26936, ord.; parere ANAC AG30/2015/AC; parere ANAC FUNZ CONS 27/2023, entrambi in *www.anticorruzione.it*.

<sup>20</sup> Cfr. Cass. civ., 25 novembre 2013, n. 26283; Cons. Stato, 20 febbraio 2014, n. 820, cit.; I. CAVALLINI, M. ORSETTI, *op. cit.*, 1403.

regime di limitazioni comune alle società partecipate, le disposizioni sui compensi di cui all'art. 6, 2° comma, d.lgs. n. 78/2010, secondo cui le dette cariche sono meramente "onorifiche"<sup>21</sup>.

A tali profili di chiara e innegabile rilevanza della componente pubblicistica quanto alla stessa natura dell'organismo, se ne aggiungono altri, attinenti a profili più specifici di disciplina, che confermano e rafforzano la suddetta connotazione.

Invero le aziende speciali restano assoggettate, salvo eccezioni, al vincolo della territorialità per quanto riguarda la possibilità di svolgere attività a favore di enti diversi rispetto a quello di appartenenza: il tema, delicato, è risolto generalmente con l'ammissione di attività fuori dal territorio dell'ente solo previa apposita deliberazione del consiglio dell'ente e previa intesa con tutti gli enti interessati all'estensione del servizio, ai sensi dell'art. 5 del d.p.r. n. 902/1986, sempre in coordinamento con l'art. 114 t.u.e.l., secondo cui l'estensione dell'attività deve pur sempre essere prevista e disciplinata dallo statuto dell'ente locale conferente (e non dell'azienda); resta però fermo il vincolo, di evidente connotazione pubblicistica e confermato da consolidato orientamento giurisprudenziale, secondo cui l'azienda speciale non può partecipare a gare d'appalto per la gestione di servizi e risultarne aggiudicataria, né può concludere a trattativa privata un contratto con un altro ente locale per gestire un servizio all'interno del territorio di quest'ultimo, in quanto l'azienda speciale è costituita per il perseguimento di uno specifico scopo determinato dall'ente locale che la istituisce e che vincola l'esercizio delle funzioni aziendali e quelle ritenute strettamente necessarie per il soddisfacimento di tale scopo<sup>22</sup>.

Ed ancora: le aziende speciali sono assoggettate, in quanto rientranti nella nozione di organismo di diritto pubblico, al rispetto del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36).

In tema di regole contabili e di principi di redazione del bilancio, va evidenziato che l'azienda speciale, pur essendo per espressa dizione dell'art. 114 t.u.e.l. dotata di personalità giuridica e di autonomia imprenditoriale e pur avendo l'obbligo di conseguire l'equilibrio economico, soggiace a vincoli e a deroghe prudenziali, rispetto ai

<sup>21</sup> Regola la cui rilevanza è rimarcata anche dalla giurisprudenza contabile: cfr. Corte Conti Abruzzo, Sez. contr., 10 novembre 2016, n. 224, in *Redazione Giuffrè*, 2017.

<sup>22</sup> Cfr. Cons. Stato, V, 3 agosto 1995, n. 1159, in *Cons. Stato*, 1995, I, 1089; Cons. Stato, 6 aprile 1998, n. 432, *ibid.*, 1998, I, 591; T.A.R. Lombardia, Brescia, 23 marzo 2004, n. 245, in *Foro amm.*, TAR, 2004, 603; V. ITALIA, E. MAGGIORA, A. ROMANO, *op. cit.*, 739.

principi contabili ordinari, che sono di estrazione chiaramente pubblicistica. Invero, già le specifiche disposizioni di cui all'art. 43 del D.P.R. n. 902 del 4 ottobre 1986 prevedono una chiara deroga rispetto al principio di distribuzione dell'utile, prevedendo che l'utile di esercizio deve essere destinato nell'ordine: 1) alla costituzione o all'incremento del fondo di riserva; 2) all'incremento del fondo rinnovo impianti; 3) al fondo di finanziamento dello sviluppo degli investimenti nella entità prevista dal piano programma; solo l'eccedenza è versata all'ente locale.

Alla luce di tale inquadramento normativo, la giurisprudenza ha elaborato il postulato per cui la fattispecie in oggetto trovi la propria sedes materiae senza dubbio, prima e più che nella disciplina di settore relativa alla distribuzione degli utili e all'accantonamento a riserve (di fonte legale e statutaria), primariamente nell'ambito dei principi generali di matrice pubblicistica che governano l'organizzazione e, di riflesso, l'azione degli enti locali nei rapporti con i loro enti strumentali<sup>23</sup>.

L'art. 194, lett. b), t.u.e.l., ha poi integrato la regola per il rifinanziamento di un'azienda speciale che nella sua attività ha registrato un disavanzo, stabilendo i presupposti per un finanziamento straordinario nei confronti di un ente strumentale, pur in presenza di un originario capitale di dotazione e di eventuali finanziamenti ordinari, erogati dall'ente pubblico partecipante in base a statuto, convenzione, atto costitutivo, prevedendo le seguenti condizioni: 1) il rispetto dei limiti e degli obblighi derivanti da statuto, convenzione o atti costitutivi; 2) che il disavanzo derivi da fatti di gestione; 3) che sia stato rispettato l'obbligo di pareggio del bilancio di cui all'art. 114 t.u.e.l.. Da ultimo, ma di certo con non minore rilevanza, va evidenziato che le aziende speciali non sono sottoposte alle ordinarie procedure di gestione della crisi e dell'insolvenza e alla liquidazione giudiziale: l'azienda speciale, quindi, non si assume il rischio connesso alla propria insolvenza; essa soggiace, proprio in virtù della sua finalità pubblicistica, alla liquidazione coatta amministrativa<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Cfr. Corte Conti Lombardia, 2010, n. 426, in *Redazione Giuffrè*, 2011; Corte Conti Campania, Sez. Reg. Contr., 25 febbraio 2021, n. 25, in *Redazione Giuffrè*, 2022.

<sup>24</sup> Cfr. Corte Conti, Sez. Reg. Contr. Campania, delibera n. 11/2018. È palese la difformità di impostazione rispetto alla disciplina delle società a partecipazione pubblica, atteso che l'art. 14, 1° comma, t.u.s.p. ha operato un integrale richiamo delle norme di diritto comune regolanti la materia della crisi d'impresa: cfr. G. GUIZZI, M. ROSSI, *La crisi di società a partecipazione pubblica*, in G. GUIZZI (a cura di), *La governance delle società pubbliche*, cit., 276 ss.; C. IBBA, *Crisi dell'impresa e responsabilità degli organi sociali nelle società*

A fronte di tale quadro, e di tutti gli elencati profili di rilevanza pubblica, la giurisprudenza ha risolto in senso favorevole all'applicazione del regime privatistico i dubbi interpretativi relativi, sostanzialmente, a due sole ipotesi, che in verità non appaiono espressione di principi di portata generale: la forma dei contratti stipulati dalla azienda speciale (che non è stata ritenuta soggetta alla forma scritta imposta per gli atti della P.A.<sup>25</sup>) e la natura del rapporto di lavoro con i lavoratori dipendenti per la fase successiva alle regole di assunzione (che è non stato ritenuto assimilabile al pubblico impiego<sup>26</sup>). Tuttavia viene evidenziato che sussistono di contro chiari indici, rilevanti e sicuramente prevalenti rispetto a quelli di possibile segno contrario, per ritenere la permanente ascrivibilità della azienda speciale all'alveo della disciplina di diritto pubblico, in particolare per quanto riguarda le funzioni dei dirigenti e degli amministratori, i rapporti con l'ente partecipante e le regole di contabilità e di bilancio.

Segnatamente, la giurisprudenza amministrativa ha espressamente precisato che l'azienda speciale è strettamente compenetrata all'ente locale e che la personalità giuridica e l'autonomia imprenditoriale per essa previste dall'ordinamento giuridico sono funzionali ad una organizzazione di mezzi deputata allo svolgimento di attività economiche e non già di funzioni amministrative, tipiche degli enti pubblici; ma che essa è pur sempre un'Amministrazione parallela e una struttura inquadrata organicamente nella più ampia organizzazione pubblicistica dell'ente pubblico.

Tale insegnamento giurisprudenziale ha evidenziato che l'ente istituyente, oltre a deliberarne l'istituzione e a provvedere alla relativa dotazione di mezzi, esercita sull'azienda speciale poteri di direzione e di controllo (analogo a quello sulle strutture di stampo «burocratico») attraverso strumenti tipici del diritto amministrativo, e in particolare nelle forme previste dalle disposizioni dell'art. 114 t.u.e.l.<sup>27</sup>. La già citata giurisprudenza amministrativa ha rimarcato

---

*pubbliche dopo il Testo Unico*, in *NLCC*, 2016, 6, 1233 ss..

<sup>25</sup> Cfr. Cass. civ., 9 agosto 2018, n. 20684, ord.; Corte Appello Roma, Sez. Lav., 29 aprile 2019, n. 519, in *Redazione Giuffrè*, 2019; diversamente orientata, in precedenza Cass. civ., 23 aprile 2019, n. 9219.

<sup>26</sup> Cfr. Cons. Stato, 7 febbraio 2012, n. 641, in *Redazione Giuffrè*, 2013; Cass. civ., Sez. Lav., 9 marzo 2021, n. 6501, secondo cui qualora sia stata costituita un'azienda speciale, autonoma e distinta rispetto alla organizzazione pubblicistica del comune, la disciplina del rapporto di lavoro dei dipendenti della Azienda esula dall'ambito del pubblico impiego privatizzato, che non si applica agli enti pubblici economici.

<sup>27</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2017, n. 4435, *Redazione Giuffrè*, 2018; confor-

la differenza tra il modello della società a partecipazione pubblica e il modello della azienda speciale, là dove ha evidenziato la linea di demarcazione tra i due organismi proprio nell'adozione del modello societario, evidenziando che le aziende speciali sono enti che conservano natura pubblica perché non possiedono uno statuto privatistico di tipo societario e non si relazionano con l'ente istitutente secondo schemi e modelli privatistici, come avviene invece nelle società a partecipazione pubblica<sup>28</sup>; e ha evidenziato espressamente che l'azienda speciale costituisce un modello alternativo all'azionariato pubblico, benché finalizzato anch'esso alla gestione di servizi pubblici di rilevanza economica, atteso che, in particolare, rispetto all'azienda speciale la partecipazione al capitale di società per azioni (o a responsabilità limitata) si contraddistingue infatti per l'utilizzo di uno strumento proprio del diritto civile, e che è proprio sulla base della natura di tale strumento — benché esso venga poi «piegato» a finalità di pubblico interesse — che la giurisprudenza di legittimità riconduce alla giurisdizione ordinaria le controversie ad esso relative<sup>29</sup>.

---

me T.A.R. Campania Napoli, Sez. I, 11 marzo 2019, n. 1379, in *Foro amm.*, 2019, 3, 592.

<sup>28</sup> Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 20 febbraio 2014, n. 820, cit..

<sup>29</sup> Fondamentale sulle differenze e sull'alternatività della scelta tra i due modelli Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444, cit., che ha rimarcato profili di una tendenziale preferenza per lo strumento di gestione diretta pur sancendo il principio secondo cui è rimessa esclusivamente alla discrezionalità dell'amministrazione interessata la scelta sulla modalità di affidamento di un servizio pubblico; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, 22 settembre 2017, n. 4435, in *Redazione Giuffrè*, 2018; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. I, 11 marzo 2019, n. 1379, cit..

In senso apparentemente contrario a rimarcare la differenza, ossia nel senso che anche la società *in house* possa essere considerata un "braccio operativo" dell'ente locale, cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 6 luglio 2019, n. 1558, in *Redazione Giuffrè*, 2020. In dottrina cfr. M. CAMMELLI, M. DUGATO, *Lo studio della società a partecipazione pubblica: la pluralità dei tipi e le regole di diritto privato. Una premessa metodologica sostanziale*, in M. CAMMELLI, M. DUGATO, *op. cit.*

È utile evidenziare che non meno divergente rispetto al modello della azienda speciale si presenta il consorzio tra enti locali per la gestione di un servizio pubblico, previsto e disciplinato dall'art. 25 l. 142/1990 appunto come alternativo alla azienda speciale, nonché dall'art. 5 del d. l. 28 agosto 1995, conv. in l. 27 ottobre 1995 n. 437: la giurisprudenza amministrativa ha precisato che tale strumento possa avere ad oggetto gestione di attività aventi rilevanza economico-imprenditoriale (consorzio-azienda) ovvero gestione di attività non aventi tale rilevanza (consorzio-ente locale); è tuttavia stato previsto dalla medesima legge, nonché dal successivo t.u.e.l., che solo al primo si applichino le disposizioni previste dalla azienda speciale, ma non viceversa; per la alternatività tra i due strumenti cfr. Corte Conti Lombardia, Sez. Reg. Contr., 6 dicembre

È emerso comunque chiaramente un quadro nel quale le caratteristiche della azienda speciale (strumento ancora considerato come di gestione diretta del servizio da parte dell'ente pubblico) si presentano nettamente diverse rispetto alle società a partecipazione pubblica (strumento di gestione indiretta), proprio in quanto la prima è un ente pubblico strumentale, con organi peculiari, di diretta promanazione pubblica e connotati da tale matrice pubblica (in particolare, il presidente ed il direttore, organi tipici dell'azienda speciale, che si aggiungono al consiglio di amministrazione ed al collegio dei revisori dei conti, che appaiono invece almeno nominalmente analoghi agli organi presenti nell'altro modello).

Anche il regime giuridico degli atti compiuti dall'ente si presenta tendenzialmente diverso: l'azienda speciale opera infatti attraverso atti e provvedimenti assunti in forma pubblicistica, rispetto ad una società partecipata che opera, ordinariamente e salve le eccezioni pure frequenti, in regime di diritto privato<sup>30</sup>.

Come già evidenziato, l'aspetto più significativo dell'azienda speciale appare essere proprio la relazione con l'amministrazione controllante, dato che l'azienda speciale è dotata di autonomia organizzativa ed imprenditoriale, ma l'ente locale di riferimento esercita su di essa un penetrante potere di indirizzo e di vigilanza che si concretizza nell'individuazione dei fini da perseguire, nella nomina degli organi, nel potere di approvazione degli atti fondamentali e nella verifica dei risultati di gestione.

Alla luce di tali evidenziati aspetti, è agevole comprendere come, nonostante la talora rimarcata (ma in definitiva più enunciata che praticata) individuazione nella società partecipata il modello più "evoluto" e più conforme ad un principio di apertura alle regole di mercato, l'azienda speciale resta il modello più praticato e (forse) più gradito agli enti locali, perché l'azienda speciale si presenta, più

---

2017, n. 348, in *Rass. dir. farmaceutico*, 2018, 4, 913.

<sup>30</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. lav., 29 ottobre 2021, n. 30744, ord., che segnatamente ha precisato che le aziende speciali sono enti strumentali del comune, istituiti per l'esercizio di servizi sociali pubblici in alternativa alla gestione diretta e destinati a rimanere in vita fino a quando permanga la relativa scelta; e che nonostante il riconoscimento, per ragioni funzionali, della personalità giuridica e della capacità di compiere tutti i negozi giuridici necessari per il raggiungimento del loro fine, costituiscono parti del comune nel quadro unitario del suo assetto ordinamentale, sicché gli atti emanati configurano determinazioni riferibili all'ente territoriale che incide, oltretutto, sui processi decisionali dell'azienda speciale attraverso un'ampia ingerenza negli atti gestionali e organizzativi e una penetrante azione di controllo.

della società partecipata, come il modello di gestione più vicino alla completa internalizzazione del servizio<sup>31</sup>, nel senso di “longa manus” della pubblica amministrazione<sup>32</sup>, e addirittura, secondo non isolate opinioni dottrinali, come la scelta che permette all’ente locale di perseguire il pubblico interesse nel modo migliore possibile ed allo stesso tempo assicurare il servizio all’utenza<sup>33</sup>.

### 5. Peculiarità della formazione del bilancio nel modello delle aziende speciali

Proprio nella disciplina della formazione del bilancio e della sua imputabilità deve rinvenirsi un ulteriore e più specifica peculiarità del modello dell’azienda speciale, che denota la maggiore incidenza dei profili pubblicistici, rispetto al modello societario con partecipazione pubblica.

Proprio infatti nel procedimento di formazione del bilancio si inseriscono, in maniera rilevante, le “variabili” previste nella disciplina della azienda speciale (e non della società a partecipazione pubblica, in cui il modello resta quello societario appena descritto) in tema di natura, relazione con la pubblica amministrazione e competenze degli organi dell’ente.

Il tema della specifica imputabilità del bilancio è tema tipico del diritto societario, sul quale si fronteggiano da lungo tempo le due classiche interpretazioni contrapposte, l’una propensa a valorizzarne la predisposizione dei contenuti e a ritenere il bilancio quale atto imputabile all’organo (gestorio) che lo ha predisposto<sup>34</sup>, l’altra

<sup>31</sup> In questo senso Cons. Stato, Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5444, cit..

<sup>32</sup> È utile evidenziare, tra i parametri che possono orientare la scelta per la costituzione dell’azienda speciale, oltre alla tendenziale preferenza di cui al citato insegnamento del Consiglio di Stato di cui alla sentenza n. 5444/2019 e alle maggiori facoltà di controllo, l’applicazione alla società partecipata degli stringenti parametri di cui all’art. 14, comma 6, del d. lgs. 175 del 2016, a tenor del quale nei cinque anni successivi alla dichiarazione di fallimento di una società a controllo pubblico titolare di affidamenti diretti, le pubbliche amministrazioni controllanti non possono costituire nuove società, né acquisire o mantenere partecipazioni in società, qualora le stesse gestiscano i medesimi servizi di quella dichiarata fallita.

<sup>33</sup> Cfr. G. SALTELLI, *op. cit.*, 14.

<sup>34</sup> Nel primo senso tipicamente G. FERRI SR., LIBONATI, GALGANO, CAMMELLI – DE ANGELIS; nel secondo senso COLOMBO, PORTALE, CAMPOBASSO, JAEGER, DI SABATO, M. CIAN; la divergenza ha anche ricaduta sulla controversa facoltà per l’assemblea dei soci di modificare il progetto di bilancio predisposto dagli amministratori. In generale sul tema della divergenza tra le due impostazioni e la citata ricaduta cfr. L. PICARDI,

propensa a valorizzare il momento dell'approvazione da parte della proprietà del capitale di rischio e a considerare il bilancio come atto imputabile all'ente collettivo nel suo complesso, con una contrapposizione che sembra essersi indirizzata, a seguito degli orientamenti giurisprudenziali consolidatisi dopo la riforma organi del 2003, a favore della prima impostazione<sup>35</sup>.

---

*Elementi*, cit., 58.

<sup>35</sup> La tesi del modello secondo cui la redazione del progetto di bilancio con i suoi contenuti è atto di competenza degli amministratori riposa storicamente sulla valorizzazione dei seguenti argomenti:

l'art. 2423 c.c. (applicabile anche alla s.r.l. in forza del richiamo di cui all'art. 2478bis, 1° comma, c.c.), che espressamente attribuisce agli amministratori la competenza a redigere il progetto di bilancio;

l'art. 2380bis, 1° comma, c.c., che prescrive, in generale, che la gestione della società spetta esclusivamente agli amministratori; l'art. 2364, n. 5, c.c., che rimarca la posizione di esclusività degli amministratori nel campo a loro assegnato, non consentendo all'assemblea di sostituirsi e loro;

l'art. 2381, 4° comma, c.c., che pone questa attribuzione inderogabilmente degli amministratori nominati dall'assemblea, non potendo essere delegata dal c.d.a. all'amministratore delegato, cfr. artt. 2381, 4° comma, e 2423 c.c.);

l'art. 2434 c.c., che prescrive che l'approvazione del bilancio, da parte dell'assemblea degli azionisti, non implica liberazione degli amministratori, dei direttori generali dei dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari e dei sindaci per le responsabilità incorse nella gestione sociale.

L'assemblea dei soci nella s.p.a. e i soci nella s.r.l. hanno il potere di approvare o di non approvare (cfr. art. 2364 c.c.): secondo la riferita interpretazione per l'organo costituito dai soci l'approvazione è « un atto di controllo, e precisamente una condizione perché l'atto degli amministratori acquisisca efficacia nell'ambito sociale, e possa esser posto a base delle ulteriori determinazioni che la legge ricollega all'accertamento dei risultati dell'esercizio e dei riflessi che in conseguenza si sono determinati nella situazione patrimoniale della società » (cfr. G. FERRI SR., *Diritto commerciale*, Torino).

Ne discende che i soci, durante la discussione (necessariamente assembleare nella s.p.a., anche con le diverse modalità previste dalla legge nella s.r.l.), possono chiedere chiarimenti agli amministratori o altre informazioni, ma non possono modificare il bilancio o approvarlo in versione riveduta, diversa da quella sottoposta alla approvazione secondo il procedimento di cui all'art. 2429 c.c.: in caso di mancata approvazione, ivi compresa la mancata approvazione determinata dalla richiesta di modifiche, da parte della assemblea, gli amministratori devono rivedere il bilancio e ripresentarlo all'assemblea o ai soci.

Sulla valorizzazione del dato che l'approvazione del bilancio non costituisce ratifica tacita dell'operato dell'amministratore, cfr. Cass. civ., Sez. II, 21 marzo 2022, n. 9054, e Cass. civ., Sez. I, 13 marzo 2013, n. 6220, che evidenziano come sia la disciplina del bilancio che quella dell'assemblea hanno natura imperativa e rispondono all'interesse pubblico ad un regolare svolgimento dell'attività economica, essendo in ogni caso necessario che, sempre ai fini della convalida degli atti posti in essere in conflitto di inte-

Nella disciplina delle società di capitali, l'imputabilità del bilancio, secondo tale riferita impostazione, e sicuramente la responsabilità per i suoi contenuti (a tenore espresso dell'art. 2434 c.c.) appaiono incentrate sul criterio della sostanziale imputabilità della predisposizione dei contenuti.

Orbene, nella disciplina dell'azienda speciale appaiono rilevanti, ai fini della sostanziale imputabilità del contenuto del bilancio, il significativo ruolo di iniziativa e di predisposizione in capo al direttore generale, il quale, come evidenziato, è organo aggiuntivo rispetto al consiglio di amministrazione ed è organo di diretta promanazione dell'ente locale conferente (tant'è che si è detto essere il suo mandato considerato di natura politica): invero nella disciplina dell'azienda speciale di cui all'art. 114 t.u.e.l. è il direttore generale a predisporre il bilancio e sottoporlo al consiglio di amministrazione, il quale lo approva e lo sottopone, a sua volta, all'ente locale per l'approvazione.

Volendo mutuare il principio derivante dall'art. 2434 c.c. ed il medesimo criterio di individuazione della sostanziale ascrivibilità del bilancio, risalendo "a monte" all'organo che lo ha predisposto, con conseguente contenimento del ruolo dell'organo che è chiamato solo ad approvarlo (con approvazione da contenersi nei limiti del mero atto di scienza o presa d'atto) ben potrebbe sostenersi che, ferme le comuni regole di responsabilità amministrativa e contabile pubblicistica (con le citate integrazioni di contenuto e con la giurisdizione a conoscere delle azioni di responsabilità in capo alla Corte dei Conti, per entrambi i modelli), mentre nella società a partecipazione pubblica si applica sostanzialmente la regola dell'imputabilità e della responsabilità per gli amministratori tipica del diritto privato e dell'ordinario regime del tipo sociale prescelto<sup>36</sup>, nelle aziende speciali il bilancio è atto sostanzialmente del direttore generale, più che del consiglio di amministrazione e del presidente, così come competono al direttore generale, più che al consiglio di amministrazione e

---

ressi da parte dell'amministratore della società, deve risultare accertata univocamente, al di là della mera approvazione degli atti gestori, la volontà specifica di far proprio l'atto posto in essere dall'amministratore.

Sulla ascrivibilità di competenza e responsabilità agli amministratori, e all'intero consiglio di amministrazione, per la redazione del bilancio cfr. da ultimo in giurisprudenza di merito Trib. Brescia, Sez. II, 30 gennaio 2023, n. 178, in *Redazione Guffrè*, 2023.

<sup>36</sup> Sulla responsabilità degli amministratori nelle società a partecipazione pubblica, con tentativi classificazione e ampia disamine delle interferenze dei profili pubblicistici sull'impianto essenziale del regime di diritto privato, cfr. M. FRATINI, *La responsabilità degli amministratori di società pubbliche*, in R. GAROFOLI, A. ZOPPINI, *op. cit.*, 691 e ss.

al presidente, i relativi e strumentali obblighi informativi (tant'è che anche la relazione illustrativa compete al direttore generale, e non agli amministratori), per cui la responsabilità per i contenuti del bilancio dovrebbe essere ascritta di diritto in via (quanto meno) prevalente al direttore generale, piuttosto che agli amministratori, con esclusione della presunzione di responsabilità solidale in quote uguali e senza necessità per l'amministratore di invocare il criterio speciale di separazione della propria posizione e di dimostrazione dell'esenzione da colpa solo alle condizioni di cui all'art. 2392, ultimo comma, c.c..

## **6. Il problema dell'applicabilità della disciplina delle false comunicazioni sociali agli amministratori delle aziende speciali**

Ricaduta di tale regime peculiare dell'azienda speciale e della individuata divergenza rispetto al modello della società a partecipazione pubblica deve rinvenirsi anche nella disciplina dei flussi informativi tra organo gestorio e "proprietà pubblica" (intesa genericamente con riferimento sia all'ente titolare della partecipazione azionaria nella società a partecipazione pubblica che all'ente istituyente nell'azienda speciale), e sulla possibile ascrivibilità dell'uno e dell'altro modello al novero degli enti di cui al Libro V, Titolo XI, c.c., e più segnatamente sulla possibile applicabilità alla azienda speciale, ed in particolare ai suoi amministratori, della disciplina delle false comunicazioni sociali di cui all'art. 2621 c.c.

Il Titolo XI del Libro V del codice civile detta, come da espressa dizione della sua rubrica, "Disposizioni penali in materia di società, di consorzi e di altri enti privati".

Il Titolo XI, comprendente gli articoli da 2621 a 2642, è stato interamente sostituito dall'art. 1 d.lgs. 11 aprile 2002, n. 61. L'attuale formulazione del Titolo comprende gli articoli da 2621 a 2641.

Tra le disposizioni contenute in detto titolo vi è l'art. 2621 c.c., il quale è rubricato "False comunicazioni sociali" e prescrive testualmente che "fuori dai casi previsti dall'art. 2622, gli amministratori, i direttori generali, i dirigenti preposti alla redazione dei documenti contabili societari, i sindaci e i liquidatori, i quali, al fine di conseguire per sé o per altri un ingiusto profitto, nei bilanci, nelle relazioni o nelle altre comunicazioni sociali dirette ai soci o al pubblico, previste dalla legge, consapevolmente espongono fatti materiali rilevanti non rispondenti al vero ovvero omettono fatti materiali rilevanti la

cui comunicazione è imposta dalla legge sulla situazione economica, patrimoniale o finanziaria della società o del gruppo al quale la stessa appartiene, in modo concretamente idoneo ad indurre altri in errore, sono puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni”. Pur noto e fermo il principio secondo cui rubrica legis non est lex, e senza estendere l’indagine all’esegesi della norma incriminatrice di diritto penale (per la quale vige, come è noto, il divieto di interpretazione analogica), deve ritenersi, sulla base della analisi della natura e della disciplina dell’azienda speciale di cui all’art. 114 t.u.e.l., che essa non debba essere compresa tra gli enti rientranti nell’ambito di applicazione del Titolo XI del Libro V del codice civile, e che al presidente e ai componenti del consiglio di amministrazione della stessa azienda speciale non debba applicarsi la fattispecie di cui all’art. 2621 c.c.

A tale conclusione si ritiene si debba giungere in diretta e conseguenziale applicazione delle regole e dei principi esposti ai capi che precedono, come di seguito riepilogati:

- a) l’azienda speciale ex art. 114 t.u.e.l. è istituito altro e diverso rispetto alla società, anche rispetto alla società a partecipazione pubblica;
- b) l’azienda speciale è istituito altro e diverso dal consorzio, sia dal consorzio tra enti pubblici per la gestione di servizi pubblici, sia (a fortiori) dal consorzio di diritto privato;
- c) l’azienda speciale ex art. 114 t.u.e.l. non può essere qualificato come un “altro ente privato”, atteso che essa, per i motivi esposti, deve essere ascritto all’alveo degli enti pubblici;
- d) il presidente e gli amministratori dell’azienda speciale ex art. 114 t.u.e.l. hanno un ruolo e una competenza, nella redazione del bilancio e nei relativi obblighi informativi, diverso e più contenuto rispetto agli amministratori e ai liquidatori di società, consorzi e altri enti di diritto privato, atteso che:
  - 1) il rapporto che lega i primi all’azienda speciale è qualificato come un “rapporto di servizio” del tutto analogo a quello dei dirigenti preposti ai servizi direttamente erogati dall’ente pubblico stesso;
  - 2) la carica degli amministratori della azienda speciale ai sensi dell’art. 6, 2° comma, d.lgs. n. 78/2010 è una carica meramente onorifica;
  - 3) nell’azienda speciale la rilevante competenza avente ad oggetto la predisposizione del progetto di bilancio e l’impulso al proce-

dimento di approvazione (con erosione del perimetro delle competenze tipiche degli amministratori delle società, dei consorzi e degli altri enti di diritto privato) è attribuita al direttore generale;

e) la disciplina relativa alla contabilità e alla redazione del bilancio nella azienda speciale ex art. 114 t.u.e.l. è significativamente divergente dai principi e delle regole di tenuta della contabilità e di redazione del bilancio prescritti per società, consorzi e altri enti di diritto privato, atteso che contiene significative integrazioni e sostanziali modificazioni di ispirazione chiaramente pubblicistica.

A conferma di tale conclusione giova ricordare, per completezza, che la giurisprudenza di legittimità penale, evidentemente valorizzando proprio tali profili di peculiarità e di rilevanza pubblicistica, ha ritenuto che i dirigenti e i rappresentanti delle aziende speciali di cui all'art. 114 t.u.e.l. rivestono la qualifica di incaricati di pubblico servizio<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Cfr. Cass. pen., Sez. V, 29 aprile 2019, n. 35095.

