

# Diritto e politica dei trasporti

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

Fascicolo 1/2025

Con i contributi di

Fernando Elorza Guerrero, Manuel Guillermo Sarmiento García,  
Emilio Romualdi, Christina Zournatzi, Lucrezia Magli,  
Nicola Pierpaolo Barbuzzi, Gino Fontana, Martina Baltuzzi,  
Vincenzo Palo, Paolo Felix Iurich, Marco Di Giugno,  
Paolo Sabra Piazza, Francesca Di Monaco, Emma Maresca

ISSN 2612-5056

LUISS



La Rivista è promossa dall'Osservatorio sul Trasporto Aereo "Antonio Catricalà" Luiss G. Carli, anno 8, n. 14 (I-2025), ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

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

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

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

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

ISSN 2612-5056

Luiss University Press

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

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

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

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

Pubblicato nel mese di ottobre 2025

#### Modalità di invio dei contributi

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

- 1) i dati personali dell'Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un abstract in lingua inglese e uno in lingua italiana, che non deve superare le 1.000 battute ciascuno (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l'autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall'Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell'Autore:

- a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell'Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d'autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
- b) che l'Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista, salvo espresso consenso del Direttore o del Comitato di direzione;
- c) che le posizioni espresse impegnano l'Autore e non la Rivista;
- d) che l'Autore esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge o nei casi previsti dal Codice etico adottato dalla Rivista;
- e) che l'Autore rispetta tutte le altre indicazioni contenute nel Codice etico della Rivista.

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

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

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

#### Submission of contributions

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

- 1) Author's personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) an abstract in Italian language and an abstract in English of not more than 1.000 characters each (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:

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

e) that the Author abides by all other provisions of the Journal's Code of Ethics.

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

Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

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

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)  
 Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)  
 Prof. Francesco Gaspari (Università degli studi di Roma "Guglielmo Marconi")  
 Prof.ssa Laura Lamberti (Università degli studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

#### **Comitato scientifico e tecnico /Scientific and Technical Board** **Presidente**

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

#### **Componenti**

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

Prof. Angelo Piazza (Università di Roma "Foro Italico")  
 Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università degli studi di Roma "Tor Vergata")  
 Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università degli studi di Milano)  
 Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Corte costituzionale)  
 Prof. Mario Sebastiani (Università degli studi di Roma "Tor Vergata")  
 Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen – Germania)  
 Prof. Franco Gaetano Scoca (Università degli studi di Roma "La Sapienza")  
 Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università degli studi di Roma "La Sapienza")  
 Prof. Leopoldo Tullio (Università "Sapienza" – Roma)

#### **Comitato editoriale/Editorial Board**

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



# Indice

## Presentazione del fascicolo/Presentation of the Issue

Francesco Gaspari .....	p. 7
-------------------------	------

## ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS

*La negociación colectiva informal de empresa como espacio de libertad:  
reflexiones entorno al caso RYANAIR (España)*

Fernando Elorza Guerrero .....	p. 11
--------------------------------	-------

*Los Derechos Aerocomerciales frente a los servicios de carga aérea en América Latina*

Manuel Guillermo Sarmiento García .....	p. 41
-----------------------------------------	-------

*Transporte aéreo y derecho de los usuarios o consumidores. El Decreto 809/24 del PEN*

Emilio Romualdi.....	p. 55
----------------------	-------

*Brevi cenni in tema di digitalizzazione nel settore dei trasporti e nella logistica portuale*

Christina Zournatzi .....	p. 63
---------------------------	-------

*I poteri dell'Autorità di regolazione dei trasporti in materia di tariffe autostradali: problemi e prospettive per i nuovi modelli tariffari*

Lucrezia Magli .....	p. 77
----------------------	-------

*Cybersecurity e privacy in movimento: verso una nuova epistemologia dei dati  
e della responsabilità nella smart mobility*

Nicola Pierpaolo Barbuzzi, Gino Fontana .....	p. 105
-----------------------------------------------	--------

*Towards the Future of Mobility: Ethical and Legal Challenges of Autonomous Vehicles  
in Europe*

Martina Baltuzzi .....	p. 133
------------------------	--------

*Il nuovo articolo 187 del Codice della strada alla luce della giurisprudenza costituzionale  
e di legittimità*

Vincenzo Palo .....	p. 149
---------------------	--------

## NOTE A SENTENZA/LAW NOTES

*Le alleanze tra vettori aerei limitative della concorrenza: il caso della North East Alliance*

Paolo Felix Iurich, Marco Di Giugno .....	p. 169
-------------------------------------------	--------

*Il contratto di co-marketing promosso da più parti pubbliche: obbligazioni reciproche*

Marco Di Giugno .....	p. 197
-----------------------	--------

*ZTL onnivora e Smart City.*  
Paolo Sabra Piazza .....p. 209

*La giurisdizione nelle sub-concessioni dei servizi aeroportuali “non aviation”.*  
Francesca Di Monaco .....p. 227

**CASI E QUESTIONI/ CASES AND ISSUES**

*La normativa sulla formazione dei macchinisti ferroviari e i relativi indennizzi*  
Emma Maresca .....p. 247

# Presentazione del fascicolo

Prof. Francesco Gaspari

Direttore della Rivista – Associato di Diritto amministrativo nell’Università degli Studi di Roma “G. Marconi” e Osservatorio sul Trasporto Aereo “Antonio Catricalà” Luiss G. Carli

Il primo numero del 2025 di *Diritto e Politica dei Trasporti* raccoglie scritti su temi attuali, di indubbia rilevanza per gli studiosi e per gli operatori del settore.

Il fascicolo si apre con tre contributi riguardanti la Spagna (il primo) e l’America Latina (gli altri due).

Nel primo saggio, intitolato “*La Negociación Colectiva Informal de Empresa como Espacio de Libertad: Reflexiones Entorno al caso RYANAIR (España)*”, Fernando Elorza Guerrero affronta il tema della contrattazione collettiva informale o extralegale nell’ordinamento spagnolo, dove tale tipo di contrattazione è stato soventemente considerato come un fenomeno accidentale, data l’impossibilità di raggiungere un accordo su un contratto collettivo legale, di natura normativa e di efficacia personale generale. L’occasione di riflessione su tale importante tema è offerta dalla vicenda della compagnia aerea Ryanair, riguardante il contratto collettivo informale o extralegale del proprio equipaggio di cabina concluso con il sindacato spagnolo CC.OO.

I successivi due saggi – di Manuel Guillermo Sarmiento García e di Emilio Romualdi – s’intitolano, rispettivamente, “*Los Derechos Aerocomerciales frente a los servicios de carga aérea en América Latina*” e “*Transporte aéreo y derecho de los usuarios o consumidores. El Decreto 809/24 del PEN*”. Il primo affronta un tema da tempo al centro del dibattito scientifico e politico-istituzionale e l’Autore prende in esame gli aspetti evolutivi del tema e le peculiarità del trasporto merci, con specifico riguardo all’America Latina. Il secondo, invece, si focalizza sul rapporto tra i servizi di trasporto aereo e la normativa a tutela dei consumatori in Argentina, in particolare alla luce del decreto 809/24.

Il contributo di Christina Zournatzi ha ad oggetto la digitalizzazione nel settore dei trasporti e nella logistica portuale. L’A. analizza, in particolare, la recente normativa europea sulla digitalizzazione e adeguamento dei porti e delle navi che stabilisce norme uniformi sull’obbligo dell’alimentazione elettrica da terra (*on-shore power supply* – OPS) o una tecnologia a zero emissioni nei porti di uno Stato membro. Nella seconda parte dello scritto, invece, l’A. si sofferma sull’impiego della tecnologia *blockchain* nella logistica portuale e come strumento per sostituire la polizza di carico cartacea.

Di indubbio interesse e attualità è il saggio di Lucrezia Magli che indaga i poteri dell’Autorità di regolazione dei trasporti in materia di tariffe autostradali. Lo scritto ripercorre, anche in modo critico, la normativa in materia di regolazione delle tariffe, esamina alcune recenti pronunce del Consiglio di Stato prima di soffermarsi sulle novità introdotte dalla legge 16 dicembre 2024 n. 193 e sul procedimento per l’aggiornamento del sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni autostradali.

Nicola Pierpaolo Barbuzzi e Gino Fontana affrontano invece il tema della Cybersecurity (e quello della privacy) nella *smart mobility*. Gli Autori si soffermano sulla digitalizzazione dell’industria automobilistica e si focalizzano specificamente sulla natura dei dati e sul loro valore intrinseco. In tale prospettiva, gli Autori ritengono che la tecnologia *blockchain* si proponga come “*strumento epistemico*”, in grado di “*infondere trasparenza, immutabilità e fiducia nei sistemi digitali, fungendo da ponte fra il divenire tecnologico e la preservazione dell’autonomia individuale, fondamento di ogni diritto*”. Un lavoro dunque di indubbio interesse e attualità.

Il tema della mobilità è oggetto anche del contributo di Martina Baltuzzi, che analizza le sfide etiche e giuridiche delle auto a guida autonoma in Europa, esaminando in particolare l'iniziativa del legislatore tedesco.

Lo scritto di Vincenzo Palo riguarda, invece, il nuovo articolo 187 del Codice della strada, riscritto dalla legge n. 177/2024, la quale ha espunto ogni riferimento allo “*stato di alterazione psico-fisica*”. La fattispecie viene esaminata alla luce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità. L'obiettivo dell'A. è quello di individuare e descrivere i plausibili approcci interpretativi a seguito della novella normativa.

Anche la sezione dedicata alle note a sentenza ospita scritti che contengono riflessioni puntuali e spunti d'interesse su recenti provvedimenti giurisdizionali, non solo di corti italiane. Così è per la nota di Paolo Felix Iurich e Marco Di Giugno, che esaminano la decisione del 5 marzo 2024 con cui la Corte d'Appello del Primo Circuito degli Stati Uniti ha confermato la sentenza di primo grado che qualificava come anticoncorrenziale la Northeast Alliance (NEA), un accordo di stretta collaborazione tra American Airlines e JetBlue.

Marco Di Giugno è anche autore della nota a TAR Palermo n. 2272 del 19 marzo 2024 riguardante un contratto di co-marketing promosso da più parti pubbliche (tra cui il Comune di Pantelleria). Il contributo di Paolo Sabra Piazza intitolato “*ZTL onnivora e Smart City*” analizza la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 9 gennaio 2024 n. 282 riguardante le cc.dd. Zone a Traffico Limitato, soprattutto in relazione ai principi di ragionevolezza e proporzionalità.

Anche il contributo di Francesca Di Monaco affronta un tema molto importante, anche dal punto di vista giurisdizionale. Lo scritto analizza, in particolare, una recente pronuncia delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (sentenza n. 23377 del 30 agosto 2024) in materia di servizi aeroportuali, ribadendo la natura negoziale delle c.d. attività *non aviation* e la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie relative ai rapporti di sub-concessione di spazi situati all'interno del demanio aeroportuale per tali attività commerciali.

La sezione “*Casi e questioni*” ospita il contributo di Emma Maresca, che passa in rassegna la normativa sulla formazione dei macchinisti ferroviari e i relativi indennizzi (D.lgs. n. 247 del 30 dicembre 2010 e del D.M. Infrastrutture e Trasporti 30 novembre 2012).

Tutti i contributi presenti nel fascicolo 1/2025 presentano spunti di rilevante interesse e attualità per i Lettori della Rivista. Non mi resta allora di augurare a tutti buona lettura!



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



## La negociación colectiva informal de empresa como espacio de libertad: reflexiones entorno al caso Ryanair (España)\*

Fernando Elorza Guerrero

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Universidad Pablo de Olavide (España)

### Abstract

*Informal collective bargaining in companies as a space for freedom: Reflections on the Ryanair case (Spain).*

*Informal or extra-statutory collective bargaining has frequently been seen in Spain as an accidental phenomenon, given the impossibility of reaching an agreement around a statutory collective agreement, of a normative nature and general personal effectiveness. However, negotiating processes such as the one that occurred within the airline company RYANAIR, with respect to its cabin crew, and the informal or extra-statutory collective agreement reached with the CC.OO. union, raise the opportunity for a reflection on the contours of informal collective bargaining as a space of freedom when reaching agreements that regulate labour relations within the framework of Spanish labour legislation, and its impact on the exercise of freedom of association and the right to collective bargaining.*

\* Sottoposto a referaggio.

Trabajo realizado en el marco del Proyecto PID2023-149939NB-C32: “Modernización de la regulación del transporte de pasajeros y de carga: sostenibilidad, conectividad y agilización de la resolución de conflictos” (Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades – AEI / Gobierno de España), bajo la dirección como investigadoras principales de las Profesoras María Jesús Guerrero Lebrón (Universidad Pablo de Olavide – España) y María Belén González Fernández (Universidad de Málaga – España).

El artículo constituye la versión escrita de la conferencia dictada en la Universidad de Coimbra (Portugal), el 2 de mayo de 2025, en el marco del Programa de Doctorado “Relações de Trabalho, Desigualdades Sociais e Sindicalismo” de dicha Universidad.

### Resumen

*En España, la negociación colectiva informal o extraestatutaria se ha considerado con frecuencia un fenómeno accidental, dada la imposibilidad de alcanzar un acuerdo en torno a un convenio colectivo estatutario, de carácter normativo y con eficacia personal general. Sin embargo, procesos de negociación como el ocurrido en la aerolínea Ryanair, con respecto a su tripulación de cabina, y el acuerdo colectivo informal o extraestatutario celebrado con el sindicato CC.OO., plantean la oportunidad de reflexionar sobre los límites de la negociación colectiva informal como espacio de libertad a la hora de alcanzar acuerdos que regulen las relaciones laborales en el marco de la legislación laboral española, y su impacto en el ejercicio de la libertad sindical y el derecho a la negociación colectiva.*

*Keywords: informal collective bargaining; freedom of association; advantages reserved clauses; airlines.*

*Palabras clave: negociación colectiva informal; libertad sindical; cláusulas de ventajas reservadas; compañías aéreas.*

**Sumario** – 1. Introducción – 2. Aproximación al fenómeno de la negociación colectiva informal o extraestatutaria en España – 3. El ejercicio de la libertad de negociación en el ámbito de la negociación colectiva informal – 3.1. *Sobre la naturaleza de la negociación colectiva informal o extraestatutaria* – 3.2. *Los sujetos que pueden ejercer la libertad negociadora* – 3.3. *El contenido del convenio o pacto colectivo: sobre las ventajas reservadas* – 4. Reflexiones conclusivas – 5. Epílogo.

### 1. Introducción

En España la preferencia aplicativa de la negociación colectiva de empresa, en un país que tradicionalmente venía apostando por la promoción de la negociación colectiva de rama o sector de actividad – en concreto el convenio colectivo estatutario sectorial provincial –, es una cuestión que se situó en el centro del debate jurídico-político sobre todo cuando la reforma laboral de 2012 profundizó en la relativización de la eficacia jurídica de los convenios colectivos sectoriales, mediante el reconocimiento de unas significativas capacidades de inaplicación de los mismos en el ámbito de la empresa (arts.83.2 y 41 Estatuto de los Trabajadores – en adelante ET –), así como de la prioridad aplicativa de los convenios de empresa (art. 84.1 ET) respecto de un conjunto de materias que, por su importancia, afectan de manera muy significativa la funcionalidad del convenio colectivo de sector, como son las cuestiones relacionadas con el régimen del tiempo de trabajo, la estructura del salario, o la cuantía de este último<sup>1</sup>. No obstante, el caso español reúne características

1. Y que dio origen a un debate que se ha extendido a lo largo de los años sobre el papel que la negociación colectiva

muy peculiares en una perspectiva comparada, toda vez que junto a las manifestaciones de la autonomía colectiva dotadas de una naturaleza normativa y una eficacia personal general, como es el caso de los convenios colectivos negociados cumpliendo con el régimen jurídico establecido en el Título III del Estatuto de los Trabajadores (en adelante ET), nuestro Tribunal Constitucional (en adelante TC) hace años que reconoció que, atendiendo al contenido esencial de la libertad sindical, en nuestro país junto a la existencia de convenios colectivos estatutarios – los antes referidos –, resultaba posible jurídicamente, y debía admitirse, negociar convenios y acuerdos colectivos al margen de dicho régimen jurídico, identificados como informales o extraestatutarios, y dotados, por tanto de una naturaleza contractual y una eficacia personal limitada<sup>2</sup>.

En todo caso, el presente análisis no tiene por objeto estudiar las relaciones entre las manifestaciones de la autonomía colectiva de carácter estatutario y extraestatutario, sino que, como bien indica el título de este artículo, quiero centrar el mismo en un aspecto mucho más concreto que tiene que ver con las implicaciones prácticas y el alcance que puede tener en un sistema de negociación colectiva como el español, con las peculiaridades apuntadas, el ejercicio de su libertad de negociación, por parte de las organizaciones sindicales, o las representaciones unitarias en su caso, y los empresarios, y cómo el ejercicio de dicha libertad, que tenga como consecuencia la firma de un convenio o acuerdo colectivo informal o extraestatutario, puede incidir sobre la posible negociación de un convenio colectivo estatutario, que sería finalmente el modelo de negociación colectiva al que, en principio, por razón de su normatividad y eficacia general, al menos en España, parece que aspiran normalmente los agentes sociales.

En este punto, creo que puede resultar muy ilustrativo, a su vez, el análisis del conflicto laboral surgido en su momento entre la compañía aérea RYANAIR y sus tripulantes de cabina de pasajeros – en adelante TCP –, con ocasión de la negociación de un pacto colectivo informal o extraestatutario

de empresa debía desempeñar, frente al control habitual ejercido sobre las condiciones de trabajo y empleo por los convenios colectivos sectoriales provinciales, cuyo último capítulo significativo ha sido, por un lado, la eliminación de la norma legal que otorgaba preferencia aplicativa a los salarios pactados colectivamente en el ámbito de la empresa – reforma laboral de 2021 –, y, por otro, la que otorga un mayor protagonismo a las condiciones negociadas en convenios colectivos estatutarios autonómicos y provinciales – reforma laboral de 2024 – (sobre estas cuestiones puede ser de interés la consulta, entre otros, de J. LAHERA FORTEZA, *La reforma de la negociación colectiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; J.L. MONEREO PÉREZ, *El modelo de negociación colectiva tras las últimas reformas laborales*, en J.L. MONEREO PÉREZ (Coord.): *40 años de propuestas jurídicas sobre empleo, negociación colectiva y solución de conflictos laborales en Andalucía*, XL Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, 2024, p. 135 ss).

2. En definitiva, la doctrina del TC (STC 4/1983, de 28 de enero; 45/1984, de 27 de marzo; 124/1988, de 23 de junio; 121/2001, de 4 de junio [...]) en estos años lo que sostiene es que una vez que la CE ha reconocido la libertad sindical como derecho fundamental, y dado que la negociación colectiva es contenido esencial de esta última, ha de reconocerse, con carácter general, el derecho de las organizaciones sindicales a la negociación colectiva, más allá de que el legislador decida otorgar una naturaleza y eficacia determinadas – privilegiada si se quiere – a ciertos convenios y acuerdos negociados por determinadas organizaciones sindicales, representaciones unitarias de trabajadores, y empresarios (o asociaciones empresariales).

por parte del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.), y cómo el mismo fue resuelto por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional – en adelante AN – en una sentencia, la núm. 163/2022, dictada el 7 de diciembre de 2022. El caso resulta especialmente interesante desde el momento en que nos sitúa ante un pacto colectivo informal o extraestatutario firmado entre un sindicato y una empresa, que, de repente – pues las negociaciones fueron secretas –, ve la luz, dando al traste con las negociaciones que, en este caso la compañía RYANAIR venía desarrollando con otras organizaciones sindicales, y que además registra la peculiaridad de exigir a los trabajadores su afiliación a dicho sindicato si desean se les aplique dicho acuerdo que establece importantes condiciones de trabajo. A fin de cuentas, los firmantes del referido pacto informal o extraestatutario estarían ejerciendo su libertad, al amparo de la doctrina de nuestro TC, pero ello, como veremos en páginas posteriores, no ha sido compartido, ni bien visto, por aquellas organizaciones sindicales que estaban en otra cosa, la negociación en este caso de un convenio colectivo estatutario, y que finalmente impugnaron judicialmente el mismo.

### 2. Aproximación al fenómeno de la negociación colectiva informal o extraestatutaria

La aproximación al fenómeno de la negociación colectiva informal o extraestatutaria en España bien podemos comenzarla con la cita de un clásico de la disciplina, como es el manual de los profesores Alonso Olea y Casa Baamonde<sup>3</sup>, quienes en su momento, de forma certera, señalaron que “si un sindicato o sindicatos – o asociaciones empresariales – no cuentan con la legitimación plena del ET, art. 88.1, pueden no obstante ,negociar y celebrar uno convenio colectivo (“extreestatutario”) de eficacia limitada a los representados por los negociadores [art. 37.1 Const. y 2.º 2.d) LOLS]”. Afirmación que posteriormente se complementaba con otra, no menos relevante, que advertía de la “extremada importancia [...] de asegurar la prevalencia legal del convenio típico o estatutario sobre el genérico o atípico o no estatutario, de manera que éste no cierre la posibilidad de negociar, conforme al ET, convenios propios de eficacia general, “abortando cualquier intento de poner en práctica los derechos constitucionales de libertad sindical y negociación colectiva” de los sindicatos (más) representativos”.

Como en su momento se estableció<sup>4</sup>, la identificada como negociación colectiva extraestatutaria se caracteriza, desde una perspectiva general, por la ausencia de alguno de los que se consideran los tres elementos caracterizadores de la negociación colectiva estatutaria, a saber: a) la legitimación negocial establecida en el Título III ET; b) el cumplimiento de los requisitos procedimentales previstos en dicho Título; c) la carencia de eficacia normativa que el art. 82.3 ET les atribuye. La cuestión es que, admitido por nuestros Tribunales, y particularmente por el TC<sup>5</sup>, la legitimidad

3. M. ALONSO OLEA, M.E. CASAS BAAMONDE, *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 851.

4. J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La negociación colectiva “extraestatutaria”*, en *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 68, 2007, p. 183.

5. Remito a la doctrina establecida en su día en la STC 108/1989, de 8 de junio. Recuérdese asimismo que en su momento la STC 98/1985, de 29 de julio, estimó, con ocasión del análisis de la constitucionalidad de la Ley Orgánica

jurídica de estos pactos y convenios colectivos, en el ámbito jurisdiccional pronto triunfó la doctrina de la naturaleza jurídica contractual y la eficacia personal limitada de estas manifestaciones de la autonomía colectiva, tesis que, por cierto, casi desde el principio fue contestada por significativos sectores de la doctrina laboralista española<sup>6</sup>.

En todo caso, un aspecto interesante de la consideración de la negociación colectiva extraestatutaria, como manifestación de la autonomía colectiva, a los efectos que aquí interesan, es aquella que tiene que ver con la hipotética competencia que puede establecerse entre ésta y la negociación colectiva estatutaria. Aunque el TS afirmara en su momento que los convenios y pactos colectivos extraestatutarios, al carecer de eficacia normativa – pues la tienen meramente obligacional a su entender –, en el orden jerárquico de la relación laboral previsto en el art. 3 ET, ocuparían el tercer lugar, “es decir, después de las normas legales y reglamentarias y de los convenios colectivos de eficacia general, situándose al mismo nivel que el contrato de trabajo”<sup>7</sup>, lo cierto es que la pluralidad sindical puede deparar situaciones que pueden bordear la antisindicalidad, relacionadas con la firma de acuerdos o pactos extraestatutarios<sup>8</sup>. Este sería el caso del pacto colectivo extraestatutario que se firma por la empresa con un sindicato minoritario, estando aquella inmersa en la negociación colectiva de un convenio colectivo del Título III ET<sup>9</sup>, o la aplicación preferente, en forma indebida, por la empresa, de un pacto colectivo extraestatutario en detrimento del convenio colectivo estatutario vigente.

No obstante, tampoco debemos olvidar que, como en alguna ocasión se ha señalado<sup>10</sup>, junto a la existencia de convenios colectivos extraestatutarios – en cuanto acuerdos que pretenden la

de Libertad Sindical (en adelante LOLS), que la exigencia de ciertos requisitos de representatividad para poder culminar la negociación colectiva en el marco del Título III ET resultaba jurídicamente asumible desde el momento en que “la negociación de eficacia jurídica reducida se reconoce a todo sindicato”.

6. Sobre esta polémica remito a las reflexiones realizadas en su momento por J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Los convenios colectivos extraestatutarios. Una construcción teórica*, en G. BARREIRO GONZÁLEZ, J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ (Dir.), *Los convenios colectivos extraestatutarios: contenido y régimen jurídico*, MTAS, Madrid, 2004, pp. 48 ss; o J.J. MARTÍNEZ GIRÓN, *La negociación colectiva “extraestatutaria”*, cit., p. 187-188, quien recuerda que, en el caso alemán, los convenios colectivos tienen eficacia limitada, y sin embargo ello “no impide que el mismísimo Código Civil alemán hable, con absoluta naturalidad y sin ningún escándalo, de los “derechos y deberes [-] regulados por medio de las normas jurídicas de un convenio colectivo (durch Rechtsnormen eines Tarifvertrags)”.
7. STS (Sala Cuarta) núm. 1055/2003, de 18 de febrero; en el mismo sentido, SAN (Sala de lo Social), núm. 3/2006, de 24 de enero.
8. Véase al respecto, F. GALLEGU MOYA, *Conducta antisindical de una empresa y un sindicato en la exclusión de otro sindicato en la negociación de un convenio colectivo extraestatutario*, *Aranzadi Social*, núm.5, 2004, p. 434 ss.
9. Práctica que fue considerada contraria al derecho de negociación colectiva de las organizaciones sindicales implicadas en la negociación del convenio colectivo ex Título III ET (STSJ La Rioja (Sala Cuarta), núm. 57/2004, de 12 de febrero).
10. Entre otros, J. GARCÍA MURCIA, *Los acuerdos de empresa: marco general*, en F. VALDÉS DAL-RÉ (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2007, p. 613 ss.

regulación en toda su dimensión de la relación de trabajo<sup>11</sup>-, y los denominados pactos colectivos extraestatutarios, o informales – aquellos que tienen por objeto materias concretas, y que, por cierto, suelen tener un ámbito de empresa o inferior –, nuestro sistema de negociación colectiva reconoce la existencia de lo que se conocen como acuerdos colectivos de empresa – también identificados como acuerdos de empresa, en definitiva, acuerdos de ámbito empresarial o inferior<sup>12</sup>-. Sobre estos últimos, en este momento lo que corresponde señalar es que se trata de una manifestación que ha recorrido un largo camino desde su espontánea aparición como práctica negociadora de carácter informal – y extraestatutaria –, en el ámbito de la empresa, hasta su reconocimiento legislativo de la mano de la Ley 11/1994, y su consideración, por tanto, y finalmente, como manifestación de la autonomía colectiva de carácter estatutario<sup>13</sup>. Aunque no puedan equipararse a los convenios colectivos del Título III ET, con éstos comparten el objetivo de dotar a las relaciones de trabajo que tienen lugar en las empresas de reglas objetivas, de tal manera que en el cuadro de fuentes de la relación de trabajo (art. 3 ET), y si bien los mismos no están incluidos expresamente en dicho precepto legal, parece razonable estimar que se sitúan en el mismo nivel que los convenios colectivos<sup>14</sup>, por tanto sometidos a las disposiciones legales y reglamentarias, e imponiéndose en todo caso a la voluntad individual de las partes que integran dicha relación de trabajo.

11. Si bien en este caso conviene tener en cuenta la doctrina establecida por el TS en el sentido de que estos convenios no pueden abordar la regulación de condiciones de trabajo con proyección de generalidad (STS (Sala de los Sociales), núm. 381/1991, de 30 mayo), criterio que no pocas veces ha sido puesto a prueba, y que es objeto de un importante debate sobre su alcance.
12. Y que como en su momento señalé se diferencian de los pactos colectivos extraestatutarios o informales de empresa en que los acuerdos de empresa: a) tienen eficacia personal general – en tanto los pactos colectivos informales la tienen limitada; b) su modificación en el ámbito del art. 41 ET (modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo) sólo puede producirse por acuerdo colectivo de empresa – los pactos colectivos informales pueden ser modificados finalmente de forma unilateral por el empresario en ese mismo contexto legal –; c) en algunos casos puede tener una aplicación preferente al convenio colectivo estatutario – no es el caso de los pactos colectivos informales –; d) doctrina y tribunales suelen coincidir en identificar a estos acuerdos como una manifestación de la negociación colectiva estatutaria – en tanto de los pactos colectivos informales se suele predicar su condición de manifestación de la negociación colectiva extraestatutaria –. En este sentido, F. ELORZA GUERRERO, *Acuerdos de empresa subsidiarios, modificativos, de reorganización productiva e informales*, en F. VALDÉS DAL-RÉ (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2007, p. 690 – 692.
13. Sobre su consideración, con carácter general, me permito remitir al estudio en profundidad que hice en su momento en F. ELORZA GUERRERO, *Los acuerdos de empresa en el Estatuto de los Trabajadores*, CES, Madrid, 2000. También puede ser de interés a estos efectos, entre otros, la consulta de J. GARCÍA MURCIA, *Los acuerdos de empresa*, CES, Madrid, 1998; J. GORELLI HERNÁNDEZ, *Los acuerdos de empresa como fuente del ordenamiento laboral*, Civitas, Madrid, 1999; o M. GARCÍA JIMÉNEZ, *Los acuerdos colectivos de empresa: naturaleza y régimen jurídico*, Comares, Granada, 2006.
14. No obstante, conviene señalar también que, si bien por su “marchamo legal, el acuerdo de empresa debe prevalecer en principio sobre estas otras manifestaciones de la negociación colectiva”, como es el caso del convenio colectivo extraestatutario, ocurre sin embargo que éste en ocasiones intenta ocupar el espacio del convenio co-



### 3. El ejercicio de la libertad de negociación en el ámbito de la negociación colectiva informal

La relación de hechos de la sentencia que quiero utilizar para reflexionar sobre la temática propuesta en este artículo refiere la existencia de un proceso negociador iniciado en su momento – julio de 2019 – por la compañía aérea RYANAIR con los sindicatos USO y SITCPLA para la negociación de un convenio colectivo de franja que regulara las relaciones de trabajo de los TCP de dicha empresa. De todo este proceso no participó, sin embargo, ninguna de las organizaciones sindicales más representativas de este país – ni UGT, ni CC.OO. –, lo cual no ha extrañar pues los trabajadores de este colectivo suelen estar representados en un porcentaje muy significativo por sindicatos profesionales y no, o en menor medida, por sindicatos de clase como los mencionados en último lugar.

Esta negociación es consecuencia, a su vez, del pacto que puso fin a la huelga convocada en su momento por las organizaciones sindicales USO y SITCPLA – enero de 2019 – para que dicha compañía aérea reconociera la aplicación de la legislación española a la relaciones de trabajo de los trabajadores de la misma que operan en España, y cuyo origen se sitúa en la mítica sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que en 2017 dictaminó que debía aplicarse a los trabajadores de RYANAIR la legislación vigente en el lugar donde aquellos cumplen fundamentalmente sus obligaciones laborales<sup>15</sup>. Una sentencia que supuso el principio del fin de la política de esta compañía de aplicar la legislación irlandesa en todo caso, momento a partir del cual la empresa se vio en la necesidad de asumir, bien es verdad que con cierta resistencia – la huelga que he referido antes es una evidencia de ello –, que debería negociar colectivamente en los distintos Estados de la UE donde opera para regular las relaciones de trabajo con sus trabajadores.

Pues bien, tras dos años y medio de negociaciones entre los sindicatos mencionados, y la compañía aérea, sorpresivamente ésta anuncia la conclusión de un pacto colectivo extraestatutario con el sindicato CC.OO. En tanto las negociaciones con los sindicatos USO y SITCPLA se rompieron el 8 de junio de 2022, el acuerdo con el sindicato CC.OO., cuya negociación se inició en secreto a finales de febrero de 2022, se alcanzó el 31 de mayo de 2022 – primero de tres acuerdos sucesivos alcanzados, refundiendo el último, celebrado el 6 de octubre de 2022, los compromisos firmados en los anteriores acuerdos –, por tanto, días antes de finalizar la negociación con este último sindicato. Dicho acuerdo contempla incrementos salariales inmediatos; la equiparación salarial al alza en todas las bases en España, además de un salario fijo garantizado, en lugar del salario variable vigente; la consolidación de una jornada anual mínima; una programación fija de cinco días de trabajo; el establecimiento de contratos de trabajo permanentes y directos; la garantía de los derechos laborales conforme a la legislación española; y, no menos importante,

lectivo típico, lo que remite, a su vez, a posibles escenarios de conflictividad en las relaciones acuerdos de empresa – convenios colectivos extraestatutarios (vid. J. GARCÍA MURCIA, *Los acuerdos de empresa*, cit., p. 640).

15. STJUE de 14 de septiembre de 2017, asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16 (Sandra Nogueira y otros / Crewlink Ltd y Miguel José Moreno Osácar / Ryanair).

un calendario negociador para firmar, antes de octubre de 2023, un convenio colectivo completo para todo el colectivo TCP que, adicionalmente, incluya aspectos todavía no negociados como nuevos incrementos salariales, la antigüedad, los swaps/intercambios, o el desarrollo profesional de los trabajadores.

En relación con el supuesto de hecho que está en el origen del conflicto jurídico generado, también merecen reseñarse las siguientes circunstancias: a) los sindicatos USO y SITCPLA nunca consiguieron reunir los requisitos establecidos por el art. 87.1 párrafo 4º ET para la negociación de un convenio colectivo de franja<sup>16</sup>, pues la AN no otorgó valor alguno a la votación electrónica organizada entre el colectivo de TCP<sup>17</sup>, en la que los trabajadores podían votar en favor de otorgar su representación a estos dos sindicatos, o votar en blanco, pues a su juicio, y pese a la existencia de un informe de una empresa externa que da cuenta de la celebración del referido proceso de votación, no se ha acreditado suficientemente que efectivamente se haya celebrado un proceso electoral al que hubieran sido convocados todos los TCP, pudiendo ejercer el voto de forma personal, libre, directa y secreta, razón por la cual el órgano jurisdiccional concluye que el proceso iniciado por estas dos organizaciones sindicales con la empresa “sólo era eficaz para negociar un pacto extraestatutario”; b) para la AN el reconocimiento por la empresa, en el acuerdo fin de huelga antes mencionado, de los sindicatos USO y SITCPLA como organizaciones que ostentaban la representación mayoritaria de los TCP, a efectos de la negociación de un convenio de franja, carece de toda validez y eficacia – citando a estos efectos la doctrina establecida en su momento por el TC, en la STC 73/84 – toda vez que los requisitos establecidos por el art. 87.1 párrafo 4º ET en relación con los negociadores, para la negociación de convenios colectivos de franja, tienen la condición de normas de derecho necesario absoluto; c) el pacto colectivo extraestatutario firmado entre RYANAIR y el sindicato CC.OO. condiciona su aplicación a los trabajadores del colectivo TCP a que éstos previamente se afilien a dicho sindicato, siendo esta circunstancia uno de los argumentos sobre los que se construye la demanda por vulneración de libertad sindical – el otro lo es el mantenimiento de una negociación secreta con el sindicato CC.OO. de forma paralela a la negociación entablada con los sindicatos impugnantes, y que consideran, asimismo, un atentado al principio de buena fe en la negociación colectiva, que en última instancia vulneraría su derecho a la libertad sindical –; d) si bien la demanda de vulneración de la libertad sindical fue interpuesta de forma separada por el sindicato UGT, por un lado, y por otro por los sindicatos USO y SITCPLA, la argumentación jurídica desplegada por aquel es distinta – coincide, sin embargo, en apreciar que la exigencia de afiliación al sindicato CC.OO. a los trabajadores para que se les aplique el pacto

16. El art. 87.1 párrafo 4º ET establece lo siguiente: “En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimadas para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta”.

17. Según el informe emitido por una empresa externa a la compañía aérea, en dicho proceso participaron el 58,53 % de los electores – pertenecientes a las trece bases de RYANAIR en España –, otorgando éstos de forma mayoritaria su representación a la candidatura conjunta integrada por los sindicatos USO y SITCPLA.

colectivo alcanzado vulnera el derecho de libertad sindical de las organizaciones sindicales presentes en la empresa –, pues este sindicato no participó en proceso negociador alguno con la compañía RYANAIR, de forma que es en ese contexto donde UGT alega que, careciendo el sindicato CC.OO. de implantación en el colectivo de TCP, sin embargo la empresa ha negociado con dicho sindicato, en perjuicio de otras representaciones sindicales, como es el caso del sindicato UGT, cuando esta organización sindical tiene una posición jurídica sustancialmente igual a la del sindicato CC.OO.

### 3.1. Sobre la naturaleza de la negociación colectiva informal o extraestatutaria

Hay que comenzar por señalar que la AN resolvió el conflicto jurídico considerando que el pacto colectivo extraestatutario alcanzando por la empresa RYANAIR y el sindicato CC.OO. no vulneró el derecho a la libertad sindical de los sindicatos impugnantes. Y para ello, además de realizar distintas consideraciones normativas, se apoya en la importante jurisprudencia del TC y del TS sobre los convenios y acuerdos colectivos informales o extraestatutarios.

Así, recuerda en primer término que, ya en su momento, el TC reconoció el pluralismo sindical en nuestro país, y con ello la posibilidad de que diferentes sindicatos puedan estar facultados para negociar convenios colectivos, de tal forma que: “El carácter estatutario o no del convenio es simple consecuencia de que se cumplan o no los requisitos de mayoría representativa que el Estatuto de los Trabajadores exige para la regularidad del convenio colectivo, al que se otorga en ese caso un plus de eficacia, por el carácter *erga omnes* del llamado convenio colectivo estatutario” (STC 108/89). En este sentido, recuerda la AN que, para el TC – con cita en este caso de la STC 121/2001, de 4 de junio, que recopila jurisprudencia anterior –, la virtualidad de los pactos colectivos extraestatutarios encontraría amparo en el art. 37.1 CE: “[...] en cuanto garantiza el derecho a la negociación colectiva entre los representantes de los trabajadores y los empresarios, carecen de eficacia personal *erga omnes*, y poseen una obligatoriedad personal limitada, relativa o reducida, en el sentido en que aquéllos circunscriben su fuerza vinculante a los trabajadores y empresarios representados por las partes signatarias. Se rigen, por tanto, por la regla general del Derecho común de la contratación, a tenor de la cual los contratos producen efectos sólo entre las partes que los otorgan (art. 1257 del Código Civil). La lógica contractual comporta aquí que el acuerdo resulte tan sólo vinculante respecto de aquellos sujetos que han conferido un poder de representación para fijar colectiva y concretamente las condiciones laborales”.

En todo caso, considera la AN, con cita de nuevo de la STC 121/2001<sup>18</sup>, que: “La singularidad más relevante de este modelo de negociación de eficacia limitada se cifra en la absoluta libertad de que goza la empresa a la hora de proceder a la selección de su interlocutor. Relevante y significativa diferencia si la comparamos con las severas exigencias que impone el paradigmático modelo legal, pero que se encuentra condicionada, precisamente, por el limitado alcance personal

18. En el mismo sentido se ha pronunciado el TS, por ejemplo, en la STS (Sala de lo Social) núm. 4394/2009, de 28 de mayo, citada por la propia AN.

de sus efectos, que quedan reducidos al estricto ámbito de representación que las partes posean”. De hecho, la propia AN recuerda que, es doctrina del TC, recogida por cierto en la referida STC 121/2001, el que son nulas las disposiciones pactadas “en convenio colectivo extraestatutario que, por su contenido, presentaran exigencias de afectación general incluyendo los ajenos a su ámbito”.<sup>19</sup>

Una libertad que, por cierto, el Tribunal lleva al extremo, al afirmar, en relación con la hipótesis de que la empresa decidiera, además de suscribir un acuerdo con el sindicato CC.OO., celebrar posteriormente un acuerdo, por ejemplo con USO y STICPLA, que: “Tratándose de pactos extraestatutarios, de firmarse ambos, los dos podrían convivir sin colisión al ser distintos sus ámbitos subjetivos de afectación, por lo que haber iniciado otro proceso negociador del mismo tipo de forma paralela y no conocida, no puede considerarse en principio atentatorio de la libertad sindical de los demandantes, pues este derecho no se ve afectado por acuerdos alcanzados con otro sindicato cuyos resultados no les conciernen y tampoco a sus afiliados”. Es más, recuerda la Sala de lo Social, con cita en este caso de la STS (Sala de lo Social) núm. 8514/2006, de 12 de diciembre, que: “la existencia de un pacto colectivo extraestatutario, cuando la eficacia que se pretende para el mismo es la limitada que le corresponde, no perjudica la libertad sindical de sindicato no interviniente en dicho pacto, pues no merma sus posibilidades de negociación, en tanto que no obstaculiza un ulterior convenio colectivo de eficacia “erga omnes”, ni le impide propiciar la negociación de otro pacto colectivo, también extraestatutario, con afectación limitada a sus afiliados”.

¿Qué puede decirse de esta visión de la negociación colectiva informal o extraestatutaria?. En primer lugar, coincidiendo con la consideración de esta modalidad de negociación como espacio de libertad, no sujeto a las obligaciones que se deducen de los procesos de negociación colectiva desarrollados en el marco del Título III ET (negociación colectiva estatutaria), personalmente me resulta más difícilmente creíble la idea de que ese espacio de libertad llega al punto de amparar sucesivos y múltiples convenios o pactos colectivos extraestatutarios. Básicamente porque en la práctica esa situación no suele darse, por no decir que no se da en absoluto.

En efecto, aunque nuestros tribunales vienen señalando que la negociación de un convenio o acuerdo colectivo extraestatutario no colmata las posibilidades de alcanzar en el ámbito de la empresa o centro de trabajo posteriores acuerdos o pactos de ese mismo tipo<sup>20</sup>, o incluso convenios colectivos estatutarios, no debemos perder de vista que el incentivo para la empresa para alcanzar tales pactos disminuye en la práctica de forma significativa. Y ello porque, aunque el pacto alcanzado efectivamente tiene un alcance limitado – a los afiliados al sindicato, así reza la teoría general

19. En sentido parecido se ha pronunciado el TS, por ejemplo, en las SSTS (Sala de lo Social) núm. 1531/2006, de 21 de febrero; la núm. 2106/2011, de 9 de marzo; o la núm. 5666/2012, de 11 de julio.

20. De hecho, la jurisprudencia, tanto constitucional (STC 108/1989, de 8 de junio), como del TS (STS (Sala de lo Social) núm. 6566/2007, de 18 de septiembre), vienen sosteniendo que no son contrarias, tanto al principio de igualdad, como tampoco al derecho de libertad sindical, la existencia de diferentes regímenes jurídicos originados por la celebración de distintos convenios o pactos colectivos extraestatutarios en la misma empresa.

sobre la negociación colectiva extraestatutaria refrendada una y otra vez por nuestros tribunales –, finalmente el mismo viene a rebajar – o al menos esa es la idea – la tensión entre el colectivo de trabajadores por la ausencia de regulación convencional alguna de sus condiciones de trabajo y empleo, de tal manera que, siendo posiblemente cierto que habrá trabajadores absolutamente contrarios al acuerdo alcanzado, también entra dentro de lo probable que muchos otros consideren que es mejor algo que nada. Por tanto, y visto los antecedentes del presente caso, sólo una nueva huelga de los trabajadores, en demanda de un convenio colectivo estatutario con mayor participación sindical – en este supuesto por tratarse de pacto colectivo extraestatutario no rige el deber de paz que imposibilite acciones de protesta en demanda de un convenio colectivo estatutario –, o una expectativa de una ganancia neta de la compañía con la apertura de negociaciones en el marco del Título III ET, podrían hacer volver a la misma a un marco negociador con reglas específicas como el establecido en el Título III ET, pues como la AN señala: “Ninguna norma legal impone a un empresario la obligación de abrir negociaciones fuera del marco del ET con los diversos sindicatos con presencia en la empresa, de modo que fuera de ese marco, la libertad de las partes para convenir debe ser admitida conforme las reglas civiles en materia de contratación”.

### *3.2. Los sujetos que pueden ejercer la libertad negociadora*

Otro aspecto significativo en este caso, a mi juicio, tiene que ver precisamente con qué sujetos pueden ejercer la referida libertad de negociación. Si nos centramos, como he planteado, en la negociación de empresa, el asunto, por lo que respecta a los empresarios tiene poco recorrido, la dirección de la empresa. Distinto es sin embargo en el caso de los trabajadores, donde al margen de las cuestiones relativas al ejercicio de dicha libertad por la representación unitaria que no es objeto de tratamiento en esta ocasión, el ejercicio de la referida libertad por las organizaciones sindicales plantea no pocos interrogantes derivados de una cuestión que se aparece a lo largo del litigio resuelto por la SAN (Sala de lo Social) núm. 163/2022, y que, sin embargo, considero resuelta de forma discutible.

Como se ha indicado en páginas anteriores, es precisamente el sindicato UGT el que, con ocasión la argumentación de su demanda, esgrimió en su momento la falta de implantación entre los TCP del sindicato CC.OO. como circunstancia que lo inhabilitaría para celebrar un convenio o pacto colectivo referente a dicho colectivo de trabajadores. Adicionalmente, recuerdo, como ya se ha indicado, que la negociación colectiva respecto del colectivo de TCP venía arrastrando el inconveniente de que, por diversas circunstancias, no se celebraron hasta la fecha elecciones para la designación de representantes unitarios de los TCP, no otorgándose por la AN relevancia jurídica alguna al informe elaborado por una empresa externa que daba cuenta del resultado de un proceso de votación electrónica en el que, al parecer, los trabajadores tuvieron la oportunidad de bien otorgar su representación a los sindicatos USO y SITCPLA, o bien votar en blanco. Para el Tribunal español la irrelevancia jurídica del mencionado informe radica en que “[...] no acredita que se hubiera celebrado un proceso electoral al que hubieran sido convocados todos los TCP y cumpliéndose los requisitos de votación personal, libre, directa y secreta que impone la norma para

negociar un convenio de franja de eficacia *erga omnes*". Una apreciación que desde luego considero que puede compartirse.

Sin embargo, para la AN la ausencia de elementos probatorios de la implantación de algunas de las organizaciones sindicales involucradas en el conflicto jurídico que juzga no constituye un problema desde el momento en que "[...] la negociación de pactos extraestatutarios, basada en la libertad negocial de los sindicatos y en el derecho de libertad de empresa, se rige por las normas civiles que conforman los contratos de modo que, sólo si los acuerdos son contrarios a la ley, art. 1255 CC, o extendieran sus efectos a sujetos distintos de los signatarios o sus legalmente representados, art. 1257 CC, podrían ser objeto de impugnación por quienes se considerasen por ellos perjudicados". Y es esta peculiar forma de comprender la razón jurídica que capacita a cualquier organización sindical, como independencia de si tiene o no implantación, para negociar un convenio o pacto colectivo, con estricto apego al Código Civil – en adelante CC –, y al Derecho de los contratos, la que justificaría jurídicamente que un sindicato como CC.OO. pueda tranquilamente firmar un pacto para un colectivo de trabajadores con el que no tiene, en principio, vínculo reconocible.

No puedo compartir esta visión. Y ello porque, como en alguna ocasión ya se ha señalado<sup>21</sup>, si bien el derecho de negociación colectiva integra el contenido esencial del derecho de libertad sindical, y ello en principio debería constituir argumento jurídico suficiente, para habilitar a cualquier organización sindical a hora de participar en una negociación colectiva informal, parece razonable pensar que la propia finalidad del derecho aconseja exigir un plus a todo sindicato, y ese plus tiene que ver con la implantación, en definitiva, con la existencia de afiliados a la organización sindical que pretende negociar condiciones de trabajo para un colectivo de trabajadores<sup>22</sup>. De tal

21. Como en su momento señaló C.L. ALFONSO MELLADO, *Los convenios colectivos extraestatutarios*, en J.L. MONEREO PÉREZ, M.N. MORENO VIDA (Dirs.): *El sistema de negociación colectiva en España*, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2013, p. 953, quien además destacó, en opinión compartida, que: "No se le puede exigir, por el contrario, un nivel de representatividad concreto, pues se volvería a incidir en el problema que ya plantea el ET de limitar la capacidad de negociar a determinados sindicatos, lo que puede ser admisible cuando se busca un convenio de eficacia general que no impide otras posibilidades de negociación con distinta eficacia personal, pero no, precisamente, cuando se trata de entablar ese otro tipo de negociaciones".

22. Un supuesto interesante desde la perspectiva aquí expuesta lo constituye el que fue objeto de consideración por la STS (Sala Cuarta) núm. 2546/1996, de 26 de abril, en el que la sección sindical del sindicato SEPLA, en la compañía aérea VIVA AIR S.A., demandó a la sección sindical del propio sindicato en la compañía IBERIA, por haber alcanzado un acuerdo colectivo, que contenía un plan de viabilidad con disposiciones que afectaban a los trabajadores de VIVA AIR, al estimar que dicho acuerdo vulneraba la libertad sindical, pues el mismo se había alcanzado sin contar con la sección sindical demandante; hay que recordar que la compañía VIVA AIR formaba parte del grupo empresarial liderado por IBERIA, y que fue la dirección de Iberia, ejerciendo su libertad, la que decidió negociar el referido acuerdo colectivo con la sección sindical de SEPLA en IBERIA, siendo esta mercantil la propietaria del 100% de las acciones de VIVA AIR. Pues bien, para el TS ni subjetiva, ni objetivamente, puede considerarse que, en este caso, pueda haber una vulneración de la libertad sindical: a) desde una perspectiva subjetiva "[...] porque el Sindicato de Pilotos afectados es el mismo en ambas Compañías; el hecho de que en



manera que, si dicha implantación no existe, por muy informal o extraestatutaria que sea la negociación, debería concluirse que el sindicato no está en condiciones de asumir la misma, a menos

cada una de ellas, existiera Sección Sindical, independiente carece de relevancia a estos efectos, no cabe que lo acordado por una de estas Secciones vulneren la libertad sindical de otra Sección del mismo sindicato; estamos, ante una cuestión intersindical, a depurar por vía interna pero nunca ante la violación denunciada; una cosa es que se constituya una sección sindical al amparo del art. 8.2 de la Ley Orgánica de Libertad Sindical, dentro de la Empresa V. Air y que a tenor de los arts. 50 y 51 de los Estatutos de SEPLA tengan ante quien corresponda representación para defender los intereses laborales y sindicales de los pilotos de líneas aéreas, y otra que de ahí se deduzca que tenga personalidad jurídica para poder intervenir en procesos contra el propio sindicato cuando éste ya estuvo representado por otra sección sindical del mismo, en este caso para accionar por tutela de libertad sindical; la representación conferida, no tiene dicho alcance; la misma no extiende a los supuestos en que el propio Sindicato ya ha intervenido en la negociación, representado por otra sección sindical”; b) desde una perspectiva objetiva porque “[...]si se analiza el contenido del Acuerdo, se deduce que en el mismo por la Empresa dominante del Grupo, por razones económicas técnicas, organizativas, o de producción, tal y como exige el art. 41 del E.T., ante una situación de crisis públicamente conocida, se toman las medidas en el mismo relacionadas, pactándolas con el Sindicato SEPLA, a través de su Sección Sindical en la empresa dominante, medidas que pudo tomar dado su naturaleza por sí misma; porque en dicho acuerdo negocial, también se adopten medidas de presente o futuro propiamente laborales, que afectan a trabajadores en empresas filiales, no se viola la libertad sindical de la sección sindical en VIVA AIR, S.A., ni se está atentando contra el derecho a la negociación colectiva previsto en el art. 8-2 b) de la Ley de Libertad Sindical” – recordándose a su vez por el TS que posee el 100% del capital de VIVA AIR, lo que hace que tenga el control absoluto de esta última, y que en consecuencia, cuando pactó con la Sección Sindical de SEPLA, realmente lo estaba haciendo con el Sindicato, no con una Sección Sindical del mismo –. De hecho, para el TS la discrepancia entre secciones sindicales es una cuestión que debe ser considerada como un conflicto intersindical, que para nada tiene incidencia sobre el ejercicio de la libertad sindical, perspectiva que, por cierto, también fue asumida por el TC en la sentencia 121/2001, de 4 de junio, que conoció de este mismo conflicto jurídico, afirmándose en este caso que: “el exceso de poder o el abuso de facultades de representación en que hubieran podido incurrir los negociadores del acuerdo objeto de la presente controversia deberían haber sido depurados en el ámbito interno del sindicato, sin que los mismos puedan trascender de dicho ámbito ni calificarse de actos de injerencia antisindical”. Es por ello que el TC descarta el que pueda considerarse el acuerdo alcanzado como vulnerador de la libertad sindical en cuanto derecho constitucional, lo que no quita para que apunte, al mismo tiempo, que otra cosa será determinar si dicho acuerdo pudo vulnerar la legalidad vigente en materia de representación y negociación colectiva, cuestión esta última respecto de la que el TC, lógicamente, se considera no competente para enjuiciar, y que, como he señalado, ya estudió el TS no apreciando tacha alguna de ilegalidad. De interés asimismo, en el caso de la STC, es la valoración que en la misma se realiza sobre la naturaleza del acuerdo alcanzado, considerándose que el mismo se ha de ubicar en la categoría de los pactos extraestatutarios o de eficacia limitada, “al derivar de una intervención sindical admitida y asumida por la empresa dentro de su ámbito de gestión empresarial y que limita sus efectos a la estricta esfera funcional en la que ha sido concluido”, no existiendo voluntad en el caso concreto de negociar convenio colectivo de grupo de empresas – que en España requeriría el cumplimiento de los requisitos especificados en el Título III ET, dando lugar a un convenio colectivo estatutario –. Igualmente interesante es la consideración que se efectúa sobre la complejidad y riqueza del contenido del referido acuerdo colectivo informal o extraestatutario: “El mismo contiene diversidad de cláusulas comprensivas de aspectos tales como: acciones de saneamiento financiero, organización de Iberia, productividad y reestructuración, plan de reducción de gastos, actuaciones sobre ingresos, renovación de flotas y marco de relaciones laborales. Este carácter complejo y plural del que aparece dotado el pacto controvertido impide una consideración conjunta del mismo, al mezclarse en él materias que

que los propios trabajadores decidan que dicho sindicato represente sus intereses en el proceso negociador<sup>23</sup>.

### 3.2. *El contenido del convenio o pacto colectivo: sobre las ventajas reservadas*

Por otra parte, conviene también por el foco en que el pacto colectivo informal o extraestatutario negociado con CC.OO. tiene una característica que lo hace singular, como es que el mismo, según dispone una cláusula del propio pacto, sólo se aplica a aquellos trabajadores que estén afiliados, o durante la vigencia del pacto se afilien, a dicha organización sindical. En concreto, la referida cláusula establece lo siguiente (art. 1.3): “este acuerdo tiene carácter de eficacia limitada y será de aplicación a todos los tripulantes de cabina empleados por RYANAIR afiliados a CCOO (incluyendo afiliados de CCOO durante la duración del acuerdo), siendo el acuerdo aplicable desde el mes que se afilien al sindicato”.

¿Qué tiene de especial esta cláusula?. Para empezar, habría que comenzar recordando que, según dicta la jurisprudencia, digamos clásica, sobre la negociación colectiva extraestatutaria, aunque los acuerdos, pactos o convenios colectivos informales o extraestatutarios se caracterizan por su eficacia limitada, y por tanto por ser manifestaciones de la autonomía colectiva que, en principio, sólo se aplican a los trabajadores directamente representados en la negociación, entiéndase, a aquellos que están afiliados a las organizaciones sindicales firmantes de los mismos, sin embargo finalmente se admitió el que, tácitamente, también pudiera aplicarse a trabajadores no directamente representados, siempre que los mismos no se opusieran expresamente; de la misma manera que también se consideró posible la aplicación a los trabajadores no directamente representados en la negociación que expresamente solicitaran su aplicación<sup>24</sup>. Con ello, se podría

caen en el ámbito de las decisiones de gestión económica empresarial con otras de contenido típicamente laboral. No obstante, si bien es cierto que la adopción de estas decisiones corresponde a los titulares del capital social, no lo es menos que la llamada por la empresa a sujetos colectivos para participar en su conclusión, así como la repercusión socio-laboral de las materias objeto del acuerdo, sirve para modalizar su naturaleza y lo convierte en un típico producto de la negociación colectiva (art. 37 CE), sometido, por tanto, a las reglas, principios y límites constitucionalmente definidos, entre otros, aquellos derivados del libre ejercicio del derecho de libertad sindical (art. 28.1 CE)”.

23. El fenómeno de la designación de una organización sindical para representar a un grupo de trabajadores, con independencia de si están o no afiliados, no es ajeno a nuestro Derecho. No en vano, el art. 87.1 ET, en relación con la negociación de convenios colectivos de franja estatutarios contempla expresamente que: “En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimadas para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta”.

24. En este sentido, véase la doctrina establecida en la STC 108/1989. Igualmente, por ejemplo, la STS (Sala de lo Social) núm. 3823/1998, 18 de junio, donde fue la empresa la que comunicó por carta a sus trabajadores que, en adelante, consideraba adheridos al convenio colectivo extraestatutario firmado a todos aquellos que no manifestaran expresamente su voluntad de exclusión del mismo.



alcanzar de facto una eficacia general, o *erga omnes*, que, no obstante, desde un punto de vista jurídico nuestros tribunales sentenciaron, una y otra vez, que no transformaba la naturaleza del mencionado acuerdo, pacto o convenio extraestatutario en estatutario<sup>25</sup>.

La cuestión es que, en este caso concreto, sin embargo, la cláusula incorporada en el referido art. 1.3 del pacto colectivo alcanzado lo que evidencia es una intencionalidad muy concreta, tratándose de una disposición convencional que podría ubicarse en la categoría de las cláusulas de ventajas reservadas – las cuales forman parte de la categoría más amplia que se conoce como cláusulas de seguridad sindical (*union security*)<sup>26</sup> –, y que la demanda interpuesta por el sindicato UGT describe perfectamente: “con la suscripción de ese acuerdo el empresario promueve a un sindicato concreto, CC.OO., en detrimento del demandante”, algo que prohibiría expresamente el art. 13 párrafo 2º LOLS<sup>27</sup>; demandante que, por cierto, y como refleja la propia demanda, registra una posición jurídica que “es sustancialmente igual a la de CC.OO.”, caracterizada por la falta de implantación entre el colectivo de TCP como la propia UGT reconoce – falta de implantación que, sin embargo, el sindicato CC.OO. no admite, sin embargo –.

Sobre el fenómeno de las cláusulas de ventajas reservadas, lo primero que hay que destacar es su carácter polémico desde la perspectiva del análisis del Derecho<sup>28</sup>, algo que, por otra parte, ya puso de manifiesto el Comité de Libertad Sindical de la OIT cuando, en su momento, dictaminó lo siguiente: “Los problemas relacionados con las cláusulas de seguridad sindical deben resolverse a

25. Por todas, véase la STS (Sala de lo Social) núm. 1584/1994, de 9 de marzo.

26. Como magistralmente definió M. ALONSO OLEA, *Los pactos de seguridad sindical: algunas decisiones recientes*, en *Anales de la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas*, núm. 59, 1982, p. 259: “Se denominan pactos de seguridad sindical los concertados entre los representantes de los trabajadores y el empresario o sus representantes, que tiene como finalidad general sostener o robustecer un sindicato determinado frente a los demás sindicatos o frente a colectividades no sindicadas, o a aquéllos en general frente a éstas. El pacto puede ser autónomo o formar parte de un convenio colectivo; puede ser un pacto expreso o integrarse dentro de los muchos tácitos, o de las costumbres, que componen el entramado de las relaciones industriales”.

27. Y que establece lo siguiente: “Expresamente serán consideradas lesiones a la libertad sindical los actos de injerencia consistentes en fomentar la constitución de sindicatos dominados o controlados por un empleador o una asociación empresarial, o en sostener económicamente o en otra forma sindicatos con el mismo propósito de control”.

28. La doctrina española, por ejemplo, tradicionalmente ha mostrado sus dudas sobre que las cláusulas de ventajas reservadas no alberguen vulneraciones de la libertad sindical en su vertiente negativa (J.J. FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, *Los convenios colectivos extraestatutarios*, en F. VALDÉS DAL-RÉ, (Dir.): *Manual jurídico de negociación colectiva*, La Ley, Madrid, 2007, p. 986). Más específicamente, y sobre el caso concreto de los convenios colectivos extraestatutarios, puede ser de interés la consulta de S. RODRÍGUEZ ESCANCIANO, *El convenio colectivo de eficacia limitada como potencial conducta antisindical*, en *Aranzadi Social*, Tomo III, 1999, p. 2872 ss. En todo caso, y por lo que respecta a la realidad europea, y como en alguna ocasión se ha señalado, el sindicalismo europeo registra en este punto posiciones contradictorias, pues si en Bélgica, por ejemplo, tradicionalmente los sindicatos belgas han recurrido a este tipo de cláusulas, en Italia acostumbran a descartarse, básicamente porque los sindicatos italianos “se muestran partidarios de involucrar, de hacer partícipes de los resultados negociales a todos los trabajadores, en la seguridad de que este principio solidario beneficiaría más pronto o más tarde a sus planteamientos” (A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, Tecnos, Madrid, 2003, p. 727).

nivel nacional, de acuerdo con la práctica y el sistema de relaciones laborales de cada país. En otros términos, tanto aquellas situaciones en que las cláusulas de seguridad sindical están autorizadas como aquellas en que están prohibidas, se pueden considerar conformes con los principios y normas de la OIT en materia de libertad sindical<sup>29</sup>. En este sentido, los estudios comparados apuntan a una mayor tolerancia de este tipo de cláusulas en los países de tradición liberal (caso de EE.UU., Canadá [...]), donde la limitación de la libertad sindical negativa – entendida como derecho del trabajador a no poder ser obligado a afiliarse a organización sindical alguna si no lo desea<sup>30</sup> – suele registrar una mayor tolerancia institucional que en otros países, como es el caso de Francia<sup>31</sup>.

En el caso español, nuestro TC fijó posición de alguna manera en sentencias como la STC 68/1982, de 22 de noviembre, donde en un momento determinado afirmó lo siguiente: “el derecho de libre sindicación comprende la libertad sindical negativa, que se define expresamente con la gráfica fórmula de que nadie puede ser obligado a afiliarse a un sindicato y es cierto que hay que interpretar esta última regla de un modo extensivo, de manera que se comprendan en ella tanto las obligaciones directas como las indirectas y tanto las genuinas obligaciones de sindicación como

29. *Recopilación de decisiones del Comité de Libertad Sindical* (554), al tiempo que también estableció que “Las cláusulas de seguridad sindical tienen que ser acordadas libremente” (555). Ambas decisiones pueden consultarse en: [https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx\\_es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002\\_HIER\\_ELEMENT\\_ID%2CP70002\\_HIER\\_LEVEL:3944748%2C2](https://normlex.ilo.org/dyn/nrmlx_es/f?p=NORMLEXPUB:70002:0::NO::P70002_HIER_ELEMENT_ID%2CP70002_HIER_LEVEL:3944748%2C2).

La equidistancia que de alguna manera evidencia el Comité de Libertad Sindical en relación con este tema, bien puede resumirse en la consideración realizada con carácter general sobre el tratamiento de esta cuestión por los Convenios de la OIT, en el sentido de que: “En suma, la normativa no fuerza al trabajador a asociarse, pero tampoco prohíbe que se le pueda presionar para que lo haga. Sobre todo, si ese tipo de compulsión o recomendación no se realiza por el Estado.” (S. DE SOTO RIOJA, *La Libertad Sindical y la promoción de derechos específicos para los afiliados al sindicato en la doctrina académica, en las normativas internacionales y el derecho comparado*, en AA.VV.: *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, Madrid, 2016, p. 27). En todo caso, y como en alguna ocasión se ha señalado, siendo cierto que inicialmente la OIT admitió las medidas de seguridad sindical, siempre que se establecieran por la negociación colectiva, las organizaciones internacionales en los últimos años – el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la propia OIT [...] – han tendido a restringir el alcance de estas cláusulas, al menos las que tienen un carácter más fuerte – taller cerrado, taller sindicado[...] – , tendencia que, sin embargo, no ha afectado a las cláusulas de ventajas reservadas establecidas en la negociación colectiva, las cuales merecen una mejor opinión (J.M. GOERLICH PESET, *Libertad sindical negativa y mejora de las condiciones laborales de los afiliados: un panorama jurisprudencial*, en AA.VV.: *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, Madrid, 2016, p. 120).

30. Para un conocimiento en profundidad de esta cuestión puede ser de utilidad el estudio realizado en su momento por S. DE SOTO RIOJA, *La libertad sindical negativa*, Civitas, Madrid, 1998.

31. Véase, por ejemplo, el análisis de A. SÁNCHEZ CASTAÑEDA, *La cláusula de exclusión y el pluralismo sindical en el Derecho comparado*, en P. KURCZYN VILLALOBOS, M.C. MACÍAS VÁZQUEZ (Coords.): *Libertad sindical: cláusula de exclusión*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2016, p. 105 ss.

las medidas de presión que al disfrute de la libertad se puedan oponer. Sin embargo, de ello no se puede extraer la consecuencia de que el derecho reconocido por el artículo 28 de la Constitución impida que el legislador atribuya unos derechos a los trabajadores sindicados o que el contenido de los derechos de éstos sea diverso que el de aquellos que no se sindicalen, pues en tal caso no se está haciendo la sindicación obligatoria y la diferencia de régimen jurídico será legítima si lo es dentro del campo del artículo 14 de la Constitución, siempre que no entrañe presión o coacción”. Para la AN, sin embargo, la comentada cláusula convencional del pacto colectivo extraestatutario alcanzando con CC.OO. no plantearía desde la perspectiva que nos ocupa problema alguno, dado que, a juicio de la Sala, entender que “alcanzar acuerdos vía negociación colectiva con un sindicato supone su promoción ilícita y constituye un acto de injerencia en la libertad sindical de los que se han excluido o no han sido elegidos para suscribirlos, conduciría a la irrazonable conclusión de que todo acuerdo negocial en el que no participaran y suscribieran todos los sindicatos existentes en la empresa, sería contrario a la libertad sindical”. La cuestión, sin embargo, a mi juicio, no es tan clara. Para empezar porque, asumiendo que en el caso de las ventajas reservadas lo que se plantea es una colisión entre la libertad sindical individual y la colectiva, el legislador español al formular la LOLS lo que hizo fue, desde la perspectiva que aquí interesa, arropar la libertad sindical negativa – véase los arts. 2 y 4 de la Ley Orgánica 11/1985 (en adelante LOLS) – frente a posibles prácticas de las organizaciones sindicales que pudieran amenazar la misma<sup>32</sup>. Qué duda cabe que, con carácter general, las cláusulas de ventajas reservadas, cuando implican obligación de sindicación, bien pueden considerarse cláusulas de seguridad sindical “fuertes”<sup>33</sup>, y desde esta perspectiva contrarias a la libertad sindical negativa, al menos como en España se ha concebido ésta ordinariamente<sup>34</sup>. En todo caso, resulta oportuno precisar que, más que un rechazo generalizado a este tipo de cláusulas, lo que los tribunales españoles han considerado contrario a Derecho son aquellas cláusulas que básicamente buscan afectar negativamente a otras organizaciones sindicales<sup>35</sup>. Y este precisamente sería el caso de la cláusula convencional pactada

32. En sentido parecido, A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, cit., p. 215.

33. Así la califica A. OJEDA AVILÉS, *Derecho Sindical*, cit., p. 166, si bien se posiciona de forma favorable a la comprensión de las mismas que en su momento hizo el TS norteamericano, en la conocida sentencia *Communications Workers of America v. Beck*, 487 US 735, de 1988, cuando dictaminó que toda cláusula de afiliación significa una violación de la libertad sindical negativa, en cuanto obligación de afiliación, pero permanece válida en cuanto al cobro del equivalente a una cuota sindical a los no afiliados (p. 215).

34. Para C. FERRADANS CARAMÉS, *Análisis Jurisprudencial de Cláusulas de Ventajas Reservadas Pactadas en la Negociación Colectiva Española*, en *Derecho y Sociedad*, núm. 46, 2015, p. 270, por ejemplo, lo que los pronunciamientos de los tribunales españoles nos enseñan es que “no se puede utilizar la negociación colectiva para instaurar determinados beneficios laborales supeditados a la afiliación”.

35. En este sentido, J.M. GOERLICH PESET, *Libertad sindical negativa*, cit., p. 130, con cita en su caso de sentencias como la STS (Sala de lo Social) núm. 7341/1994, de 14 de noviembre, en el que la negociación colectiva de eficacia limitada fue la solución a un fallido proceso de negociación colectiva estatutaria, consecuencia del abandono de ésta por una organización sindical mayoritaria (CC.OO.), y donde el convenio colectivo extraestatutario alcanzado incluía una cláusula que prohibía su aplicación a los afiliados de aquella organización, cláusula que

entre RYANAIR y CC.OO., pues la aplicación del pacto colectivo informal o extraestatutario alcanzado pasa por la afiliación a este sindicato, lo cual en el caso de los trabajadores no sindicados les obliga a hacer algo que posiblemente no contemplaban<sup>36</sup>, mientras que en el caso de afiliados a los sindicatos UGT o SITCPLA les obliga, si quieren que se les aplique dicho pacto, a causar baja en la organización sindical a la que pertenecen para afiliarse a CC.OO.<sup>37</sup>.

Me permito recordar en este sentido, que el pacto colectivo en cuestión no ofrece una ventaja, entendida como beneficio, una suerte de plus, sino una regulación convencional de la relación de trabajo de la que se carecía hasta la fecha, y que los trabajadores venían demandando desde hacía tiempo, hasta el punto de ir a la huelga para sentar a la compañía en una mesa de negociación. En definitiva, se trata de un acuerdo de mayor calado, y cuya aplicación obliga a los trabajadores en muchos casos – recuerdo que no existe evidencia de una implantación apreciable del sindicato CC.OO. entre el colectivo de TCP – a hacer algo (afiliarse) que no tenía por qué entrar en sus planes. Desde esta perspectiva, a mí juicio, la cláusula pactada vulneraría la libertad sindical individual, pero también la colectiva, en este último caso desde el momento en que intenta provocar un cambio en el apoyo que las organizaciones sindicales registran por

fue rechazada por el Alto Tribunal español, al considerar que, existiendo la voluntad declarada de las partes negociadoras, incluida la empresa, de celebrar un convenio colectivo estatutario, la negativa en aquella ocasión del sindicato CC.OO., en cuanto decisión de carácter institucional, a firmar finalmente dicho convenio, que con esta decisión devino en convenio colectivo extraestatutario, no debería impedir a los afiliados a dicho sindicato poder adherirse al referido convenio; o la STSJ Madrid de 15 de enero de 2007 (rec. 2624/2006), que llega a la misma conclusión en un caso en el que el acuerdo colectivo de regulación de empleo alcanzado sólo se preveía su aplicación a los trabajadores afiliados al sindicato firmante del mismo, sin que se contemplara el que los afiliados a otras organizaciones sindicales pudieran adherirse al mismo.

36. En todo caso, para la reflexión queda el planteamiento realizado en su momento por M. NOGUEIRA GUASTAVINO, *La libertad sindical negativa en Estados Unidos: Del closed shop al Right to work*, en AA.VV.: *Representación y libertad sindical. Límites a la libertad sindical negativa, la mayor representación sindical y su necesaria revisión*, Comisión Ejecutiva Confederal de UGT, Madrid, 2016, p. 96, en el sentido de que, a su juicio, y pese a la doctrina establecida al respecto por nuestros tribunales, sindicatos y empresarios, o en su caso asociaciones empresariales, no deberían tener que admitir necesariamente la adhesión de cualquier trabajador no afiliado a un acuerdo, dado que, cuando de una negociación colectiva extraestatutaria se trata, “los sindicatos no están actuando a modo de representación institucional en sentido estricto”, de forma que las partes “podrían estipular criterios para determinar quiénes se pueden adherir y quiénes no”, siempre que los mismos no fueran discriminatorios – asumiendo que la jurisprudencia del TS español es clara en el sentido de que no puede excluirse la adhesión de los afiliados a otro sindicato a un convenio o acuerdo extraestatutario – STS (Sala de lo Social) núm. 7341/1994, de 14 de noviembre, citada en nota 34 –.

37. Gráfico en este sentido es el título y subtítulo de la noticia aparecida en el prestigioso diario económico Cinco Días, el 31 de mayo de 2022, en relación con este pacto extraestatutario: “CCOO se lanza a por afiliados en Ryanair con un pacto de mejora salarial para sus representados. Las partes se comprometen a firmar un convenio antes de octubre de 2023, pero las mejoras iniciales dejan fuera a los afiliados de USO y Sitcpla”. Puede consultarse en: [https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/05/31/companias/1654001359\\_620149.html](https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/05/31/companias/1654001359_620149.html).

parte de los trabajadores del colectivo, promocionando el desembarco de una organización sindical concreta en el mismo<sup>38</sup>, y todo ello de la mano de la empresa. En todo caso, y en este punto, bueno será recordar la doctrina establecida en su día por el TS, en la STS (Sala de lo Social) núm. 5666/2012, de 11 de julio, en relación con la cláusula de un convenio colectivo extraestatutario que, si bien permitía la adhesión de trabajadores no afiliados, la condicionaba a que la solicitud se formulara a través de los sindicatos firmantes; pues bien, el TS considero que dicha cláusula convencional vulneraba la libertad sindical “en cuanto lleva implícita una injerencia de los sindicatos firmantes del Convenio en la libertad de los trabajadores para adherirse o no ,y de los sindicatos a los que puedan estar estos afiliados en cuanto que quedan en peor situación que aquellos frente a lo que suponga la mejoría que deriva de la adhesión”.

Una última consideración, antes de pasar a realizar algunas reflexiones conclusivas sobre la negociación colectiva informal o extraestatutaria y el ejercicio de su libertad por las empresas y las organizaciones sindicales, relativa en este caso a la cuestión de la no consideración de las negociaciones de los sindicatos USO y SITCPLA con RYANAIR como negociaciones de carácter estatutario, por tanto situadas bajo el paraguas del Título III ET. Establece el art. 87.1 párrafo 4º ET que: “En los convenios dirigidos a un grupo de trabajadores con perfil profesional específico, estarán legitimadas para negociar las secciones sindicales que hayan sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta”. La cuestión es que, en el presente caso, la empresa reconoció, en el acuerdo que puso fin a la huelga de 2019, la condición de sindicatos que ostentaban la representación mayoritaria de los TCP, a efectos de la negociación colectiva de un convenio de franja, a las organizaciones sindicales USO y SITCPLA. Organizaciones que, a su vez, remitieron en su momento comunicación a la empresa de la organización en el seno de la misma de una votación, que tuvo lugar en las 13 bases que esta compañía opera en España, al efecto de que los trabajadores del colectivo designaran a las secciones sindicales que deseaban les representaran en la negociación del referido convenio, y que, según manifestaban estas organizaciones, con participación del 58,35 % de los electores, otorgó mayoritariamente la representación a la candidatura conjunta de SITCPLA y USO.

Inicialmente, si las negociaciones llevadas a cabo entre los sindicatos USO y SITCPLA y la compañía RYANAIR se hubieran desarrollado en el marco del Título III ET, la negociación de esta empresa con el sindicato CC.OO. bien podría considerarse vulneradora del derecho a la libertad sindical, toda vez que, como la jurisprudencia española sostiene desde hace tiempo<sup>39</sup>, la solicitud de negociación, en el marco del Título III ET, y concurriendo los requisitos establecidos por la ley,

38. En este sentido, J. GARCÍA VIÑA, *El concepto de libertad sindical en España*, en *Revista de Estudios Jurídico Laborales y de Seguridad Social*, núm. 4, 2022, p. 94, ha señalado que, a la vista de los términos en que se expresa el art. 28.1 *in fine* CE, y el art. 2.1 b) *in fine* LOLS – libertad sindical negativa –, es claro que en España “se prohíben todas aquellas cláusulas conocidas genéricamente como cláusulas de seguridad sindical, que pretenden la mayor implantación de los sindicatos en la empresa a través de la exigencia a los trabajadores de determinadas conductas”.

39. Por todas, véase la STS (Sala de lo Social) núm. 1151/2005, de 24 de febrero.



sitúan a los negociadores bajo el mandato del art. 89.1 ET<sup>40</sup>, y los efectos del principio jurídico de la buena fe negocial, que básicamente implica que las partes, incluida por tanto la propia compañía, estarían obligadas a negociar bajo dicho principio, y a esforzarse para intentar llegar a un acuerdo, de tal manera que la negociación con CC.OO. nunca hubiera podido comenzar, como ocurrió, antes de dar por fallida la negociación colectiva estatutaria.

Sin embargo, en esta ocasión, la AN no ha dado validez a la votación organizada por los sindicatos USO y SITCPLA. Siendo este un asunto que debemos situar en el ámbito de lo que es la valoración de una prueba presentada en juicio – se presentó un informe de una empresa externa en relación con la organización de dicha votación –, lo cierto y verdad es que si efectivamente las organizaciones sindicales no realizaron la consulta a los trabajadores conforme a lo establecido en el art. 87.1 párrafo 4º ET, finalmente no estaban legitimadas para negociar en los términos fijados en dicho precepto estatutario, y por tanto la negociación colectiva abierta no podía ser considerada como estatutaria, por lo que no cabía inferir de la misma las consecuencias jurídicas que he mencionado en el párrafo anterior.

En todo caso, se debe también tomar nota de la valoración que merece para la AN el reconocimiento realizado en su momento por RYANAIR de los sindicatos USO y SITCPLA como organizaciones que ostentaban la representación mayoritaria de los TCP a efectos de la negociación de un convenio colectivo de franja. Y es que, como con acierto señala el Tribunal español: “Tratándose de normas de derecho necesario absoluto, el reconocimiento por una parte de la representatividad de otra para negociar intramuros del ET, carece de toda validez y eficacia conforme la STC 73/84 citada”.

#### 4. Reflexiones conclusivas

La presente reflexión sobre la consideración de la negociación colectiva informal o extraestatutaria como espacio de libertad, me trae a la memoria algunos de los pasajes de la STS (Sala de lo Social) núm. 6566/2007, de 18 de septiembre, sobre la naturaleza de la libertad sindical, que bien puede resultar oportuno su reflejo. En dicha sentencia, de forma bastante diáfana se realizaba la siguiente reflexión: “el art. 28 de la Constitución reconoce a todos los Sindicatos es un derecho de libertad, o sea, un derecho a actuar, negociar y llevar a cabo la actividad que como Sindicato le es propia, pero en modo alguno está reconocido por dicho precepto como un derecho prestacional, o sea, como un derecho que exija a la empresa una contraprestación por el mismo, en la misma medida en que otros derechos de tal naturaleza. El derecho de libertad sindical de todo Sindicato tiene un contenido esencial que incluye el derecho a la negociación colectiva como hemos visto

40. En concreto, el art 89.1 establece, además de consagrar el principio de la buena fe en la negociación, que, ante la solicitud de negociación de un convenio colectivo estatutario: “La parte receptora de la comunicación solo podrá negarse a la iniciación de las negociaciones por causa legal o convencionalmente establecida, o cuando no se trate de revisar un convenio ya vencido, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 83 y 84; en cualquier caso se deberá contestar por escrito y motivadamente”.

ha dicho de forma reiterada el TC, pero este derecho de libertad es unidireccional pues a quien realmente vincula “*ex constitutione*” es al legislador y a los poderes públicos – art 53.1 CE – pues sólo se convierte en “relativamente” prestacional cuando nos adentramos en la negociación colectiva estatutaria pues en este terreno, ya no porque lo dice la Constitución sino porque lo ha querido así el legislador, el derecho de libertad sindical ya no permanece como un mero derecho de libertad sino que, previo el cumplimiento de determinados requisitos de legitimación – arts 87 y 88 ET – y, previo el cumplimiento de determinados formalismos y condiciones – arts 89 y sgs – se convierte en un derecho a exigir una negociación pues para tales supuestos sí que ha dispuesto el legislador, cumplidos aquellos requisitos previos, que “ambas partes estarán obligadas a negociar bajo el principio de buena fe”, convirtiendo aquel derecho de libertad en algo más”.

Esta doctrina, se estableció en un caso en el que una entidad bancaria suscribió una sucesión de distintos acuerdos colectivos extraestatutarios con diferentes organizaciones sindicales, que según se expone por los demandados (la empresa y varias organizaciones sindicales) sumaban una representatividad del 91,7% del total de los representantes unitarios de los trabajadores de la misma, por el 2,3% que ostentaba el sindicato demandante – éste, a su vez, alegó que tenía la condición de sindicato más representativo a nivel de Comunidad Autónoma, y que en el pasado sí firmó algún acuerdo similar al firmado en los tiempos en que tiene lugar el conflicto jurídico –. Pues bien, en aplicación de la doctrina antes reflejada, el TS determinó la inexistencia de una vulneración de libertad sindical y del derecho de negociación colectiva desde el momento en que al sindicato demandante “simplemente se le rechazó como negociador porque no tenía ningún derecho a ser admitido porque el derecho a la negociación que tiene no alcanza a exigir que le admita como negociador en una negociación extraestatutaria”.

Y precisamente de esto va también la sentencia de la AN en el caso RYANAIR, de tal manera que, el rechazo a la tesis de los sindicatos USO, SITCPLA, y en cierta medida también UGT, se asienta sobre la base de la consideración de la libertad sindical como una suerte de derecho de libertad no prestacional – no se emplea en la SAN esta terminología, pero sí se alinea la AN con esta doctrina, como he puesto de manifiesto –, que hace que la empresa, en el ámbito informal o extraestatutario, pueda elegir con quien negociar. Una libertad, que, desde la perspectiva aquí considerada, resulta de especial interés para la empresa, por lo que de cierta puja o subasta tiene el que ésta pueda elegir a su interlocutor, aunque por otra parte también hay que decir que de esto también va el ejercicio de la libertad de elección – cosa distinta es que, como he tenido ocasión de señalar, el ejercicio de esa libertad se aproveche para inducir cambios en la afiliación que colisionen con la concepción que, en nuestro país, se maneja de la libertad sindical tanto en su dimensión positiva, como negativa –.

Con carácter general, parece claro que en el caso español la modulación legislativa de la libertad sindical y de la negociación colectiva reconocida en la Constitución española ha propiciado una dualidad de modelos de negociación que se entrecruzan<sup>41</sup>, de tal manera que el recurso a uno u

41. M.M. RUIZ CASTILLO, J. ESCRIBANO GUTIÉRREZ, *La negociación y el convenio colectivo en el panorama actual de las fuentes del Derecho del Trabajo*, Editorial Bomarzo, Madrid, 2013, p. 269-270, para quienes, sin embargo,

otro tipo de negociación finalmente va a depender de la libre voluntad de las partes<sup>42</sup>, y particularmente de la voluntad de las organizaciones sindicales – pues si un sindicato, o varios, suman la mayoría suficiente para abordar una negociación colectiva estatutaria, ello no significa que necesariamente se active la misma, pues, en el ámbito de su libertad pueden optar por una negociación colectiva extraestatutaria –. En todo caso, y en aras precisamente de que la negociación colectiva constituya un valor añadido para los trabajadores, sería bueno que la estructuración de la negociación colectiva realizada al máximo nivel, y que en los últimos años en España han asumido los sindicatos UGT y CC.OO., vía Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva (AENC), incluyera también algunos criterios a seguir en relación con el recurso a la negociación colectiva extraestatutaria.

El establecimiento de los referidos criterios tendría la virtualidad de, partiendo del respeto a la libertad de negociación que se reconoce a todas las organizaciones sindicales – a tener en cuenta que los compromisos adquiridos en el AENC por voluntad de los firmantes del mismo acostumbra a tener un carácter obligacional, y que vinculan sólo a los mismos, por tanto no normativo –, integrar la negociación colectiva estatutaria con la extraestatutaria, dejando de tratar, y considerar, a esta última, como una suerte de accidente de las relaciones colectivas de trabajo – recordemos: la idea de que el convenio colectivo extraestatutario generalmente es el resultado de una negociación colectiva estatutaria fallida –. Esta articulación creo que es especialmente interesante en el caso de unidades negociadoras que integran a un importante número de trabajadores (empresas de gran dimensión), o, como es el caso, empresas emblemáticas, como ocurre con la compañía RYANAIR, que ha destacado por su cumplimiento absolutamente deficiente de la legislación laboral vigente en nuestro país.

En todo caso, y volviendo sobre el caso RYANAIR, la alternativa a un convenio colectivo estatutario de franja, de imposible firma, al no reunirse los requisitos establecidos al efecto por el art. 87.1 párrafo 4º ET, lo constituye un convenio colectivo informal o extraestatutario, y dado que entre el colectivo de TCP las secciones sindicales de UGT y CC.OO. no parecen gozar de una implantación amplia – es más, no queda claro que la tengan –, creo que hubiera sido interesante explorar las posibilidades de que, ante un colectivo de trabajadores sin cobertura convencional, en el caso de una empresa significativa por las circunstancias expuestas, se celebrara un acuerdo informal o extraestatutario firmado por las dos organizaciones sindicales mayoritarias de este país – eso sí, siempre que se asuma, como ha señalado la AN que la implantación no es un requisito necesario –. A fin de cuentas, frente a la compañía creo que tendría más fuerza, con independencia del derecho que asiste a las organizaciones USO y SITCPLA de intentar un acuerdo colectivo con

esta circunstancia no ha favorecido los intereses de los trabajadores, pues la intervención legislativa en el ámbito de la negociación colectiva a lo que habría conducido es a una institucionalización del conflicto laboral, que finalmente ha privado de protagonismo a la autonomía colectiva.

42. Entre otros M.A. GARCÍA RUBIO, J.M. GOERLICH PESET, *Fundamento y naturaleza de los convenios colectivos extraestatutarios*, en AA.VV., *El régimen jurídico de la negociación colectiva en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 596.



la misma, un convenio o acuerdo extraestatutario firmado por los dos sindicatos más representativos de este país, que hubiera otorgado libertad a los trabajadores no afiliados a dichas organizaciones para adherirse libremente al mismo, que el firmado en solitario por uno de ellos, que, además, tiene a mi juicio, los problemas de conformidad a derecho que ya he expuesto en páginas anteriores. Otra cosa es, que parece claro que precisamente la referida compañía aérea ha estimado que, para sus intereses, resultaba más ventajoso entenderse sólo con una de las organizaciones mayoritarias, en una operación que, a mi juicio, busca, además de establecer unas condiciones de trabajo concretas, asentar entre el colectivo a una organización sindical que, hasta la fecha, no parecía tener mucho predicamento entre el colectivo de trabajadores destinatario del pacto colectivo informal o extraestatutario alcanzado.

No obstante lo señalado, no me resisto, por último, a plasmar algunas notas sobre la actualidad más reciente de la negociación colectiva desarrollada en el seno de la compañía RYANAIR, y que sin duda sirve para contextualizar en mejor medida, y comprender, el alcance de la negociación colectiva informal desarrollada entre dicha compañía aérea y el sindicato CC.OO. Así, para empezar me permito recordar que el origen remoto de las negociaciones que dieron lugar al pacto colectivo entre RYANAIR y el sindicato CC.OO., en relación con el colectivo de TCP fue la histórica Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Segunda) de 14 de septiembre de 2017<sup>43</sup>, que vino a reconocer la aplicación a las relaciones de trabajo de las compañías demandas, parte del entramado empresarial de RYANAIR, de la legislación laboral de aplicación donde las mismas se desarrollaban. Ello provocó que en los siguientes años RYANAIR, entre otras consecuencias, se viera obligada a negociar con los distintos sindicatos nacionales las condiciones de trabajo y empleo, terminando con la ficción jurídica que supuso la invocación de la legislación irlandesa, país donde está radicado su domicilio social, mucho más favorable para los intereses de la compañía. En el caso de España este proceso largo, y conflictivo, ha terminado dando frutos como, en el caso de los pilotos de la compañía, el I Convenio colectivo de pilotos de Ryanair DAC en España de 8 de febrero de 2023<sup>44</sup>, convenio que, a diferencia del pacto colectivo suscrito en favor de los TCP, tiene un carácter estatutario, al haber sido negociado cumpliendo con los requerimientos del Título III ET.

Sin embargo, con posterioridad a la sentencia de la AN sobre la que me he centrado principalmente en páginas anteriores (2022), y a la firma del referido convenio colectivo estatutario de franja para los pilotos de la compañía (2023) – se trata, por tanto, de un convenio que no es de empresa, sino de ámbito inferior, al afectar a un colectivo concreto de la misma –, dos hechos resultan

43. Asuntos acumulados C-168/16 y C-169/16; Sandra Nogueira y otros/Crewlink Ireland Ltd (C-168/16), Miguel José Moreno Osácar/Ryanair Designated Activity Company, anteriormente Ryanair Ltd (C-169/16). En relación con esta sentencia, y sus consecuencias prácticas, puede ser de interés el análisis realizado por P. JUÁREZ PÉREZ, *El conflicto de RYANAIR: una lectura desde el Derecho Internacional Privado*, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. II, núm. 1, 2019, p. 372 ss.

44. Publicado en el Boletín Oficial del Estado (BOE), núm. 153, de 28 de junio de 2023.

relevantes desde la perspectiva aquí analizada. En primer lugar, el dictado por la AN de una nueva sentencia, la núm. 45/2025, de 25 de marzo, en relación con la constitución de la mesa negociadora del primer convenio colectivo estatutario para los TCP, acto primero de lo que sería el inicio de la negociación para concertar un convenio colectivo que suceda al pacto colectivo informal o extraestatutario firmado en 2022 entre la compañía aérea y el sindicato CC.OO.

El supuesto es interesante porque la AN finalmente ha declarado la nulidad de la constitución de la mesa negociadora del I Convenio colectivo de Tripulantes de Cabina de Pasajeros en RYANAIR DAC, de 30 de abril de 2024 – que aunque no publicado oficialmente en el BOE, se estaba aplicando desde su firma –, y con ello de todos los acuerdos adoptados en el seno de dicha comisión y que constituían el contenido del referido convenio colectivo. La discusión jurídica en este caso es relevante desde la perspectiva de la libertad de negociación, pues precisamente la demanda de conflicto colectivo presentada en este caso por el sindicato USO lo que discute es la decisión tomada por el sindicato CC.OO., aceptada en este caso por la empresa, tras consultar a las organizaciones sindicales CC.OO. y USO, de negociar un convenio colectivo de empresa, al considerar que, ahora sí – a diferencia de lo ocurrido en 2022 –, dicho sindicato sí ostentaba mayoría suficiente como para negociar un convenio colectivo estatutario incluso sin participación del sindicato USO – que finalmente, como he señalado, optó por llevar esta operación a los tribunales –.

Pues bien, lo que el sindicato USO plantea ante la AN es que el sindicato CC.OO. y la empresa han vulnerado, no el derecho a libertad sindical, sino el derecho a la negociación colectiva (art. 37.1 CE), toda vez que negociándose finalmente un convenio colectivo estatutario de franja, pues se trata de un convenio colectivo cuyo ámbito de aplicación se circunscribe al colectivo de TCP de dicha compañía aérea – pues los pilotos de la compañía ya contaban con un convenio colectivo estatutario propio, como se ha señalado<sup>45</sup> –, la composición de la comisión negociadora se ha

45. De hecho, refiere concretamente la AN que: “Ha resultado acreditado que, con fecha 1 de marzo de 2024, se produce la transmisión de todo el personal de asistencia en tierra de Ryanair DAC a la empresa Azul Handling Spain Ltd Sucursal Española, sociedad participada al 100% por Ryanair DAC; de suerte que solo quedaba en la empresa demandada el personal de vuelo, respecto del cual también se ha probado que los pilotos de Ryanair DAC rigen sus relaciones laborales por el Convenio Colectivo de pilotos de Ryanair DAC en España, con vigencia desde el hasta el 31 de marzo de 2027. De manera que en la fecha de promoción de la negociación ahora cuestionada en este procedimiento sólo existía un único colectivo que pudiera ser objeto de negociación, los tripulantes de cabina; dado que a pesar de los esfuerzos argumentales desplegados por los demandados en el acto de la vista oral acerca de la existencia de tres colectivos diferenciados y no homogéneos, ha resultado acreditado, a través de la testifical propuesta por la empresa, el instructor y examinador señor Alejandro, lo que confiere un singular valor probatorio a su declaración, que para ser instructor es necesario ser tripulante de cabina y para ser examinador hay que ser instructor, luego, también resulta necesario ser tripulante de cabina para ser examinador. También ha resultado probado que necesitan mantener la licencia de tripulante de cabina para ser instructor y examinador, para lo que tienen que realizar un mínimo de horas de vuelo como tripulantes de cabina. Finalmente ha resultado probado que el instructor y el examinador – recordemos que solo se puede ser examinador si se es instructor – siguen cobrando el complemento de tripulante de cabina. Lo anterior lo que evidencia es la existencia de homogeneidad que revela que estamos en presencia de un único colectivo de trabajadores con un perfil pro-

efectuado teniendo en cuenta las normas para negociar convenios colectivos de empresa, contenidas en el ET (art. 87), cuando dicho ET es claro al establecer que, en el caso de los convenios colectivos estatutarios de franja, su negociación podrá afrontarse por las secciones sindicales de los sindicatos siempre que “hayán sido designadas mayoritariamente por sus representados a través de votación personal, libre, directa y secreta”, designación que obliga a convocar la correspondiente asamblea, lo que no ha sido el caso<sup>46</sup>.

Del razonamiento jurídico realizado por el Tribunal en esta ocasión me permito destacar dos argumentos:

- a) Como reiteradamente han señalado los Tribunales españoles, “si bien el artículo 83.1 del ET ha establecido que “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”, de manera que, en principio, son los promotores del proceso de negociación los que libremente concretan dicha unida de negociación; la jurisprudencia de forma reiterada, por todas la STS de 30 de diciembre de 2015 (Rec. 255/2014), nos recuerda que “la doctrina del Tribunal Constitucional (sentencia 136/1987, de 22 de julio) nos dice que las partes negociadoras de un convenio colectivo no gozan de libertad absoluta para delimitar su ámbito de aplicación, sino que, antes al contrario, la negociación colectiva de eficacia general está sujeta a muy diversos límites y requisitos legales, pues no en balde produce efectos entre ‘todos los empresarios y trabajadores incluidos dentro de su campo de aplicación’, como prescribe el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores”.
- b) Por tanto, y tal y como el TS ha establecido en sucesivas sentencias, como la STS de 21 de diciembre de 2010 (Rec. 208/2009), “no puede manipularse el ámbito de negociación de un convenio colectivo de forma carente de justificación objetiva, irrazonable o desproporcionada, con las anexionadas al ámbito de una negociación de sectores ajenos a la misma, respecto a

fesional específico; porque si estuviéramos ante tres colectivos diferenciados no tendrían que mantener la licencia de tripulante de cabina, no tendrían que realizar un número de horas de vuelo anualmente como tripulantes de cabina, ni estarían cobrando el instructor y el examinador un complemento que retribuye precisamente el encuadramiento en un determinado colectivo.

46. Como refiere la AN, haciéndose eco en este caso de la jurisprudencia del TS, “en el caso de los convenios franja, la regla del último párrafo del art. 87.1 ET implica el abandono del parámetro de medición de la representatividad por la vía de las elecciones sindicales. Y esto se explica porque a éstas no se desarrollan de modo dissociado en atención a la pertenencia al grupo profesional. Por consiguiente, los resultados de tales elecciones no permitirían establecer el nivel de representatividad de los sindicatos en el ámbito del convenio de franja. De ahí que la ley imponga una votación a la que puedan concurrir como electores los trabajadores que ostenten las condiciones que definen su pertenencia al grupo cuyo perfil determina el ámbito del convenio, de suerte que sean esos trabajadores exclusivamente los que elijan a las secciones sindicales a las que otorgan la legitimación para negociar dicho convenio” [ STS de 26 de noviembre de 2015 (Rec. 317/2014)]. Pero es que ni si quiera esta última circunstancia se observa en las presentes actuaciones, dado que en las elecciones sindicales, cuyos resultados se pretenden hacer valer para salvar la no realización de las asambleas de los trabajadores, la representación tuvo como objetivo no un único colectivo sino dos, los pilotos y los tripulantes de cabina”.

los cuales las partes negociadoras carecen de representatividad y que no reúnen unos requisitos mínimos de homogeneidad y coherencia con el resto del ámbito de aplicación”.

La cuestión es que, como señala con acierto el Tribunal, en esta ocasión sucede que “no estamos en puridad ante un problema de libertad de elección de la unidad de negociación, sino ante la necesaria concreción de si a la vista de los trabajadores que están sin convenio en la empresa Ryanair DAC se puede verificar dicha libertad de elección, o dicho de otra manera, si tienen los negociadores capacidad para elegir entre varias unidades de negociación posible; dado que si solo existe un colectivo cuyas condiciones pueden ser objeto de regulación, resulta meridianamente claro que las partes carecen de la posibilidad de elegir, al no existir al menos dos opciones posibles; de suerte que si lo que se negocia tiene como ámbito personal a un colectivo de trabajadores con perfil profesional específico, lo único que se puede negociar es un convenio de franja”<sup>47</sup>, por lo que al no haberse acreditado la realización de las preceptivas y previas asambleas de los trabajadores lo que corresponde es declarar la nulidad de la constitución de la mesa de negociación del referido convenio colectivo estatutario. Como señalaba en páginas anteriores, por tanto, la referida libertad que hemos predicado de la negociación colectiva informal o extraestatutaria registra otros condicionantes, en el caso de la negociación colectiva estatutaria, consecuencia de su naturaleza de negociación colectiva de eficacia general, que aboca a conclusiones como a la que llega la AN cuando no se respetan escrupulosamente los dictados del Título III ET.

En segundo lugar, también es relevante, a los efectos de la presente reflexión, la firma, el 9 de abril 2025, del I Convenio de la empresa Azul Handling, entre la dirección de dicha compañía y, de nuevo, el sindicato CC.OO.<sup>48</sup>. El interés en este caso radica en que esta compañía se encuentra participada al 100% por RYANAIR, y ha sido la mercantil a la que RYANAIR ha transferido todo el personal de asistencia en tierra que hasta esa fecha formaba parte de RYANAIR, junto con los pilotos y TCP de la misma. El convenio se pretende de aplicación preferente, desde el momento en que los firmantes del mismo consideran que mejora la regulación convencional existente, al vigente V Convenio colectivo general del sector de servicios de asistencia en tierra

47. No en vano la AN precisa que: “De la prueba practicada esta Sala llega a la conclusión de que en el momento de la constitución de la mesa de negociación, ni la empresa Ryanair DAC ni el sindicato CCOO podían elegir entre el ámbito empresarial o inferior o el ámbito franja, carecían de dicha posibilidad de elección por cuanto solo existía un colectivo de trabajadores, los tripulantes de cabina. Concretándose como única unidad posible de negociación la conformada por los tripulantes de cabina, la negociación de las condiciones de trabajo debió y debe sujetarse a lo establecido en el párrafo cuarto del artículo 87.1 del ET que reconoce legitimación para negociar a las secciones sindicales para negociar siempre que “hayan sido designadas mayoritariamente por sus representantes a través de votación personal, libre, directa y secreta”.

48. El pacto alcanzado en este caso resulta peculiar en su configuración, desde el momento en que su entrada en vigor se produce en régimen de ultraactividad, lo cual significa que las partes no aspiran a que se trate de una regulación convencional que tenga efectos durante un cierto tiempo, sino que desde el principio tiene un carácter provisional, a la espera de que se negocie y firme un convenio colectivo más duradero en el tiempo, y hay que presumir, con mayor participación sindical.

en aeropuertos<sup>49</sup>, de aplicación a los trabajadores de AZUL HANDLING – convenio colectivo sectorial estatutario –. En última instancia, el acuerdo alcanzado en este caso parece que colmata en cierta manera las aspiraciones de RYANAIR de escapar a la acción de dicho V Convenio colectivo estatal, pues me permito recordar que, en su día, RYANAIR pretendió la no aplicación de este convenio, en su 2ª edición, alegando que esta mercantil no era una empresa de handling. Sin embargo, la AN, en su sentencia núm. 86/2012, de 13 de julio, concluyó que dicha compañía aérea se situaba dentro del ámbito de aplicación del referido convenio colectivo, toda vez que en el caso concreto resultaba irrelevante que su actividad principal fuera el transporte aéreo, cuando se había acreditado que contaba con trabajadores que realizaban tareas de autohandling en España, contratados en este país, y que carecían de convenio colectivo aplicable. En última instancia, creo que no es aventurado afirmar que este convenio colectivo alcanzado entre la empresa AZUL HANDLING y el sindicato CC.OO. – que ha contado con la oposición de otros sindicatos, como es el caso de UGT – es un fruto más de ese fructífero entendimiento comenzado hace unos años, cuando en 2022 RYANAIR y esta organización sindical firmaron aquel pacto colectivo informal o extraestatutario analizado en páginas anteriores.

## 5. Epílogo

En el periodo de tiempo transcurrido entre la remisión del presente artículo al comité de redacción de la revista y su publicación, se ha producido una novedad significativa en relación con la SAN (Sala de lo Social) núm. 163/2022, que aconseja incorporar el presente epílogo. Y es que, en el mes de junio de 2025, el TS ha resuelto el recurso de casación presentado por distintos sindicatos contra la referida SAN, dictando al efecto la STS (Sala de lo Social) núm. 523/2025, de 4 de junio.

Pues bien, de la sentencia dictada, y a los efectos que aquí interesan, lo primero que hay que destacar es que el Alto Tribunal ha estimado parcialmente el recurso presentado, en favor de los sindicatos USO y UGT, al considerar que los pactos colectivos informales o extraestatutarios, firmados en este caso de forma sucesiva por la compañía RYANAIR y el sindicato CC.OO., han vulnerado la libertad sindical de dichos sindicatos, al incluir una cláusula en la que se establecía, como ya se ha indicado en páginas anteriores, que se condicionaba la aplicación de dichos acuerdos a la afiliación previa al sindicato CC.OO.<sup>50</sup>, razón por la que declara la nulidad de la mencionada cláusula, al tiempo que condena a la empresa RYANAIR al abono de una indemnización de 7.501 € a los sindicatos USO y UGT en concepto de indemnización por la lesión del derecho fundamental a la libertad sindical. Con ello, el TS coincide en gran medida con el posicionamiento realizado por mi parte en el presente análisis, en el que, entre otras consideraciones, mostraba ya

49. BOE núm. 249, de 17 de octubre de 2022.

50. En concreto, recuerdo que la cláusula declarada nula es la siguiente: “[...]será de aplicación a todos los tripulantes de cabina empleados en Ryanair y CC.OO. (incluyendo afiliados a CC.OO. durante la duración del acuerdo), siendo el acuerdo aplicable desde el mes que se afilien al sindicato”.

mi discrepancia con que una cláusula como la declarada finalmente nula no constituyera una vulneración de la libertad sindical como defendió en su momento la AN.

¿Cuál han sido los principales argumentos esgrimidos en este caso por el TS para revocar parcialmente, en el sentido expuesto, la SAN?

Para empezar el TS realiza una reflexión general sobre el derecho a la negociación colectiva, la relevancia de los pactos y acuerdos colectivos extraestatutarios o informales, su naturaleza jurídica, y cómo estos pueden afectar la negociación colectiva contemplada en el ET. De dicha reflexión me permito destacar en este momento los siguientes aspectos:

- a) Tras recordar los aspectos fundamentales de la jurisprudencia sobre el régimen jurídico de la negociación colectiva extraestatutaria, focalizada en la STS (Sala de lo Social) núm. 1064/2021, de 27 de octubre de 2021 – con cita de otras sentencias, particularmente la STS de 16 de julio de 2014 (Rec. 110/2013) –, el TS recuerda que la base de estos pactos o acuerdos colectivos extraestatutarios reside en la libertad contractual y en el art. 37.1 CE, señalando a tales efectos que “[...] la elección entre negociar un convenio estatutario o un pacto extraestatutario recae en la libertad de las partes involucradas”.
- b) Asimismo, y respecto de la cuestión de cómo juega el derecho a la negociación colectiva de un pacto o convenio extraestatutario cuando al mismo tiempo se está negociando un convenio colectivo estatutario, el TS realiza cuatro afirmaciones de interés: i) “[...] la coexistencia se sujeta a que el pacto extraestatutario no contrarie ni suplante la negociación estatutaria: no puede impedir la constitución de mesas negociadoras legales, ni desactivar el deber de negociar de buena fe, ni establecer condiciones inferiores a las garantizadas por un convenio estatutario vigente”; ii) “[...] mientras hay una negociación estatutaria, el pacto extraestatutario sólo será legítimo en la medida en que complemente o mejore los derechos de los trabajadores, pero no podrá erosionar la posición negociadora legal ni reducir las conquistas colectivas mínimas”; iii) “Nuestra jurisprudencia ha protegido el derecho de las representaciones legitimadas a promover un convenio estatutario aun cuando existan acuerdos extraestatutarios previos o simultáneos – con cita en este caso de la STS de 8 de junio de 2015 (rec. 246/2013) –; iv) tras descartar que la negociación desarrollada inicialmente por los sindicatos recurrentes con RYANAIR fuera una negociación colectiva de carácter estatutario, advierte que “[...] no existe una obligación legal para un empleador de convocar a todas las fuerzas sindicales para la negociación de un pacto extraestatutario” – con cita de la STS de 18 de septiembre de 2007 (rec. 52/2006).

En segundo lugar, y respecto de la cuestión nuclear de qué valoración puede hacerse de los pactos o acuerdos colectivos extraestatutarios firmados con el sindicato CC.OO., en los que se “potencia” la afiliación a este sindicato, el TS en este caso recuerda lo que es jurisprudencia asentada en nuestro país, tanto por parte del propio Tribunal como del TC, y en concreto:

- a) Que la nulidad de un pacto extraestatutario que favorece la afiliación es consecuencia de la existencia de una vulneración la libertad sindical, la cual concurre cuando se produce una



presión indirecta para la afiliación de los trabajadores a una determinada asociación sindical, lo cual sitúa a un sindicato en una posición superior a los demás, lo que en definitiva es un acto de presión o injerencia lesivo a la libertad sindical (STS núm. 6/2020, de 8 de enero (Rec. 216/2018)).

- b) Que la “[...] extensión de los convenios de eficacia limitada más allá del círculo personal de quienes lo suscribieron, no puede hacerse, ciertamente, por procedimientos o vías que no cuenten con la voluntad de quienes en él no participaron, pero la adhesión de estos, como adhesión libre, no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea, por lo que en ningún caso puede imputarse a tales cláusulas, Jurídicamente irrelevantes, la lesión de un derecho ajeno” (STC 108/1989).

Al mismo tiempo, el TS establece las siguientes conclusiones sobre el caso concreto:

- a) “[...] un acuerdo extraestatutario puede limitar sus efectos a determinados trabajadores (por ejemplo, firmantes o adheridos voluntariamente), dado su carácter meramente contractual”;
- b) “[...] no puede establecer como requisito obligatorio para beneficiarse del acuerdo una condición discriminatoria, como la afiliación a un sindicato determinado”;
- c) asimismo, el pacto extraestatutario “[...] debe permitir la incorporación individual de los no afiliados, pues la adhesión libre ‘no puede ser en ningún caso cuestionada, ni necesita para ejercerse que el convenio mismo la prevea’”;
- d) por último, condicionar “[...] el acceso a los beneficios del acuerdo a pertenecer a un sindicato concreto ha de entenderse que vulnera la libertad sindical y el principio de igualdad, al establecer un trato diferencial por razones de afiliación sindical”.

En definitiva, concluye el TS que la cláusula enjuiciada debe considerarse nula por vulnerar la libertad sindical, como ya también he sostenido en este artículo, pero advirtiendo, eso sí, que “[...] La nulidad de esta cláusula no contamina el resto de los Acuerdos, cuya impugnación general ha sido rechazada [...]”. Por tanto, los demás acuerdos alcanzados entre la empresa RYANAIR y el sindicato CC.OO. deben considerarse vigentes. Y habrá que considerar que los TCP de la compañía podrán beneficiarse de los acuerdos alcanzados, si así lo solicitan, pero sin que deban afiliarse al sindicato CC.OO.

Un último apunte de actualidad para terminar, que también considero de interés en este caso. Con fecha 20 de mayo de 2025, por tanto antes de que se dictara la STS de 4 de junio de 2025, que revoca parcialmente la SAN núm. 163/2022, la prensa española trasladó la siguiente noticia: “Ryanair rebajará salarios a los no afiliados a CCOO desde el próximo 1 de junio”<sup>51</sup>. En el artículo periodístico se indicaba en concreto lo siguiente: “Los tripulantes de cabina (TCP) de Ryanair en España verán cómo en la próxima nómina de junio las cantidades que cobran pueden verse alteradas, así como los tiempos de trabajo en función de si están afiliados o no a CCOO. La compañía

51. Puede consultarse en: [https://www.elmundo.es/economia/2025/05/20/682b78a2fc6c83f14b8b458a.html?intcmp=parati\\_portada](https://www.elmundo.es/economia/2025/05/20/682b78a2fc6c83f14b8b458a.html?intcmp=parati_portada).

remitió la semana pasada un último aviso por correo electrónico a este colectivo para indicarles, en mayúsculas, “si no actúas, tu paga se reduce desde el 1 de junio de 2025 y tu roster (programa de trabajo) a 5/25/3”.

¿Qué valoración jurídica puede hacerse de este comportamiento empresarial?. Una primera idea: la empresa está trasladando el mensaje de que, si los trabajadores no se incorporan al acuerdo negociado con CC.OO., y ello exige la afiliación previa a dicho sindicato, los mismos pueden ver reducido su salario. Una segunda idea: este mensaje de la empresa, a mi juicio, implica una nueva vulneración de la libertad sindical individual de los trabajadores, pues en un país donde además la Constitución garantiza en el art. 28 la libertad sindical negativa – derecho a no afiliarse a un sindicato si no se desea –, no es admisible jurídicamente este tipo de actuaciones que condicionan el salario a la afiliación.



## Los Derechos Aerocomerciales frente a los servicios de carga aérea en América Latina \*

Manuel Guillermo Sarmiento García

Profesor emérito de la Universidad Externado de Colombia, Director del Departamento de Derecho del Transporte e Infraestructura de Transporte

### Abstract

*Commercial Air Rights versus Air Cargo Services in Latin America.*

*This article aims to analyze, firstly, the origin, evolution and scope of commercial air rights or "freedoms of the air" since their enshrinement in the Chicago Convention of 1944, in order to study the special characteristics of air cargo services, which differ substantially from passenger transport services, and thus clarify the current status of such commercial air rights in Latin America and the Caribbean, especially in light of the Open Skies Agreement, signed under the leadership of the Latin American Civil Aviation Commission (CLAC) in 2010, and what its practical validity has been after fifteen years of validity, emphasizing how the fundamental principles of aeronautical policy have currently been replaced by a new corporate structure of airlines, a direct consequence of the acquisition and merger processes that predominate in the global aeronautical market scenario and that have had an important application in the Latin American region.*

*Este artículo tiene como objetivo analizar en primer lugar, el origen, evolución y alcance que tienen los derechos aerocomerciales o "libertades del aire", desde su consagración en el Convenio de Chicago de 1944, con la finalidad de estudiar las características especiales que tienen los servicios de carga aérea, que se diferencian sustancialmente de los servicios de transporte de pasajeros, y de esta forma precisar la situación actual de dichos derechos aerocomerciales en el ámbito latinoamericano y del*

\* Sottoposto a referaggio. Este artículo cuyo contenido esta actualizado al año 2025, corresponde a ponencias y conferencias presentadas por el autor en diferentes eventos académicos, especialmente en las Jornadas de Derecho Aeronáutico y Espacial de ALADA, celebradas en Bilbao, España en el año 2015.

*caribe, especialmente a la luz del acuerdo de cielos abiertos, suscrito bajo el liderazgo de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil CLAC en el año 2010, y cual ha sido su vigencia práctica, después de quince años de vigencia, haciendo énfasis en la forma como actualmente los principios fundamentales de la política aeronáutica, han venido siendo sustituidos, por una nueva estructura societaria de las aerolíneas, consecuencia directa de los procesos de adquisiciones y fusiones que predominan en el escenario del mercado aeronáutico mundial y que han tenido una aplicación importante en la región latinoamericana.*

*Key words: Commercial air rights-Air freedoms; Air cargo services; CLAC Open Skies Agreement; Airline mergers and acquisitions.*

*Palabras clave: Derechos aerocomerciales-Libertades del aire; Servicios de carga aérea; Acuerdo de Cielos Abiertos de la CLAC; Fusiones y adquisiciones de aerolíneas.*

**Sumario** –1. Introducción. – 2. Origen y evolución de los derechos aerocomerciales. – 3. Características especiales de los servicios de carga aérea. – 3.1. *Ingresos y costos.* – 3.2. *Capacidad de carga de las aeronaves.* – 3.3. *Rutas operadas.* – 3.4. *Tarifas.* – 3.5. *Infraestructura aeroportuaria.* – 4. Situación actual de los derechos aerocomerciales en materia de servicios de carga aérea en América Latina.

### 1. Introducción

Un aspecto importante de la política aeronáutica es el relacionado con los derechos aerocomerciales vinculados con los servicios de carga aérea en América Latina, tema que ha cobrado interés en los últimos años, especialmente a partir del Acuerdo Multilateral de Cielos Abiertos, suscrito por los países que integran la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil CLAC en el año 2010, y que hoy en el 2025, después de quince años de haberse suscrito mantiene su vigencia formal al haber sido ratificado por Panamá, Uruguay, Brasil y República Dominicana, cumpliéndose con el mínimo de tres ratificaciones que exige el acuerdo para su vigencia, y que tuvo por objeto impulsar la conectividad aérea en la región a través de la liberalización del transporte aéreo entre los países miembros.

Este acuerdo firmado al interior de la CLAC, se constituye quizás en el primero de este tipo que reúne a los países suramericanos, centroamericanos y del Caribe, anteriormente se habían suscrito acuerdos a nivel regional, como fueron los de la Comunidad Andina de Naciones, Mercosur y la Asociación de Estados del Caribe, pero en este caso es la primera vez que la gran mayoría de los países que integran la región latinoamericana, suscriben un acuerdo sobre política aérea de alcance continental.

Me propongo desarrollar el tema mencionado, analizando en primer lugar de manera breve y general, el origen y la evolución que han tenido los derechos aerocomerciales desde su tipificación

en el Convenio de Chicago de 1944, pasando luego al estudio de las características especiales que tienen los servicios de carga aérea, que los diferencian sustancialmente de los servicios de transporte de pasajeros, para terminar la ponencia con el análisis de la situación actual de los derechos aerocomerciales en materia de servicios de cos en carga aérea en Latinoamérica, especialmente a la luz del acuerdo de cielos abiertos de la CLAC y de su vigencia práctica, haciendo énfasis especialmente en la forma como actualmente los principios fundamentales de la política aeronáutica, han venido siendo sustituidos, por una nueva estructura societaria de las aerolíneas, consecuencia directa de los procesos de adquisiciones y fusiones que predominan en el escenario del mercado aeronáutico mundial y que han tenido una aplicación importante en la región latinoamericana.

## 2. Origen y evolución de los derechos aerocomerciales

Los derechos aerocomerciales o derechos de tráfico como se les conoce igualmente fueron tipificados por primera vez en Chicago en 1944, con ocasión de la firma del Convenio de Chicago que se ha mantenido a través de los últimos setenta años, como el instrumento de regulación más importante de la aviación civil internacional.

En Chicago, como ustedes lo saben muy bien, se debatieron en materia de política aeronáutica, dos tesis bien definidas y opuestas, la primera conocida como la teoría de la liberalización del transporte aéreo, defendida por los Estados Unidos, que como país triunfador de la segunda guerra mundial, contaba con todos los elementos y la infraestructura para dominar el mercado aéreo mundial, pregonando una apertura total de los cielos, donde las fuerzas del mercado fueran las que determinaran la forma en que se prestarían los servicios de transporte aéreo, la otra tesis defendida por los Europeos, liderados por la Gran Bretaña, proponía un mercado aéreo cerrado y proteccionista, donde las fuerzas del mercado no tuvieran ninguna incidencia y en cambio fueran los países los que se concedieran mutua y recíprocamente el ejercicio de los derechos aerocomerciales, bajo una política bilateral y en el entendido de que los derechos de tráfico hacían parte del patrimonio de cada Estado, quien por lo tanto tenía plena libertad para regularlos en sus relaciones aerocomerciales con los demás países, tesis esta que posteriormente con algunas adiciones importantes, dio lugar a la “Doctrina Ferreira”, elaborada por el ilustre jurista argentino Enrique Ferreira.<sup>1</sup>

Finalmente en la conferencia diplomática de Chicago triunfo la tesis de los europeos y por lo tanto se impuso una política bilateral en materia de relaciones aerocomerciales, que ha sido predominante en el mundo, y que con diferentes matices, como es el caso de los acuerdos tipo Bermuda I y II, se mantiene vigente actualmente, no obstante la proliferación en las últimas décadas de los llamados acuerdos de “cielos abiertos”, que si bien han dado lugar a una mayor liberalización de los servicios de transporte aéreo, siguen siendo acuerdos de carácter bilateral, hasta el momento

1. M. Donato, *La Liberalización de los servicios de Transporte Aéreo Internacional de la Doctrina Ferreira a nuestros días*, Liber Amicorum en honor al Profesor Manuel Augusto Ferrer. ALADA, Buenos Aires, 2011.

no se ha logrado un acuerdo multilateral de alcance global que consagre un sistema de cielos abiertos, como ha sido el propósito de Estados Unidos desde la conferencia de Chicago de 1944, se han logrado acuerdos multilaterales de carácter regional y continental, como los de la Comunidad Andina de Naciones, el Acuerdo de Fortaleza de Mercosur, el Acuerdo Multilateral de la Asociación de Estados del Caribe, el acuerdo de la Unión Europea, el Convenio de Cielos Abiertos entre Estados Unidos y la Unión Europea, el Acuerdo Multilateral sobre la Liberalización del Transporte Aéreo Internacional MALIAT, y recientemente el Acuerdo de la CLAC, que le han otorgado una mayor dinámica al transporte aéreo mundial, pero no se ha cumplido con el sueño americano de ver a sus aerolíneas volando por el mundo, sin ningún tipo de restricción, sometidas única y exclusivamente a las leyes del mercado, propósito este que los Estados Unidos han venido impulsando, especialmente a partir de su propia experiencia de desregulación de su transporte aéreo interno, iniciada en 1978.

En Chicago se consagraron cinco derechos de tráfico que corresponden a las conocidas cinco “libertades del aire”, las dos primeras de carácter eminentemente técnico: sobrevuelo sin aterrizaje y escala para fines no comerciales, o escala técnica, establecidas en el Acuerdo Relativo al Tránsito de los Servicios Aéreos, suscrito el 7 de Diciembre de 1944, y las tres últimas de carácter comercial consagradas en el Acuerdo sobre Transporte Aéreo Internacional, firmado igualmente el 7 de Diciembre de 1944, que permiten a las aerolíneas en el caso de la tercera y cuarta libertad, embarcar y desembarcar pasajeros, correo o carga, para trasladarlos entre el territorio del Estado al que pertenece la aerolínea y el territorio del Estado que concede el respectivo derecho de tráfico o viceversa, o el de embarcar pasajeros, correo o carga, para trasladarlos desde el país que concede los derechos de tráfico a un tercer país, diferente a de la nacionalidad de la aeronave, o desembarcar pasajeros, correo o carga en el país que concede los derechos de tráfico, procedentes de ese tercer país.

Posteriormente la doctrina del derecho aeronáutico, pero especialmente la práctica comercial de las aerolíneas, crearon cuatro nuevas libertades del aire, que en el fondo no son otra cosa que la combinación de las tres primeras, que han sido objeto de negociación en los llamados acuerdos de cielos abiertos, como es el caso de la sexta y séptima libertad, esta última que resulta especialmente aplicable para el transporte exclusivo de carga, y permite embarcar pasajeros, correo o carga, en el territorio de un país distinto a la de la nacionalidad de la aeronave, para trasladarlos al territorio de otro país, igualmente diferente al de la nacionalidad de la aeronave.

Respecto a la octava y novena libertades del aire, que se refieren a los servicios aéreos de cabotaje, que se prestan entre puntos situados en el territorio de un Estado, los cuales fueron reservados en el Convenio de Chicago a las aerolíneas nacionales, constituyen la expresión máxima de la liberalización del transporte aéreo y obviamente están excluidas de los acuerdos bilaterales, aun cuando algunos acuerdos multilaterales de carácter regional las contemplan, como vamos a ver más adelante con el Acuerdo de Cielos Abiertos de la CLAC.

En este análisis de la evolución de los derechos de tráfico es importante tener en cuenta que frente a las políticas restrictivas en materia de acceso a los mercados impuestas por los Estados en sus

acuerdos bilaterales y no obstante el avance que se ha tenido con los acuerdos de “cielos abiertos”, la compañías aéreas han logrado liberalizar los servicios de transporte aéreo, mediante la celebración de alianzas comerciales, que se iniciaron con los llamados “códigos compartidos” entre dos líneas aéreas y que posteriormente se generalizaron, con las poderosas alianzas mundiales que integran las compañías asociadas en Star Alliance, Sky Team y One World, que han generado una mayor liberalización de los servicios de transporte aéreo que los acuerdos aerocomerciales entre los países.

Pero lo que realmente ha constituido una verdadera revolución en materia de liberalización de los servicios de transporte aéreo, con independencia total de las decisiones de los Estados, por lo menos a nivel regional, son los procesos de adquisiciones y fusiones de las compañías aéreas en los últimos diez años, que han dado lugar a una verdadera consolidación de la industria del transporte aéreo.

A nivel latinoamericano se han presentado dos procesos importantes de adquisiciones y fusiones de aerolíneas, el primero que ya no existe, se desarrolló en Colombia, con la fusión entre AVIANCA y el Grupo TACA, que trajo como consecuencia unos resultados sorprendentes en materia de oferta de rutas, aumento en el número de pasajeros, incremento de flota, y el segundo fue la fusión entre la línea aérea chilena LAN y la aerolínea brasileña TAM, que crearon el Grupo LATAM, que se mantiene vigente como la más grande aerolínea de América Latina, con una flota de trescientas cuarenta y siete (347) aeronaves y más de ciento cuarenta (140) destinos en veintidós (22) países. De igual forma también es importante tener en cuenta la adquisición que hizo COPA AIRLINES de la aerolínea colombiana AEROREPUBLICA.

Sin embargo, lo verdaderamente innovador que resulta de estos procesos de adquisiciones y fusiones, es la utilización ilimitada y sin ningún tipo de restricción, que la aerolínea “holding” hace de los derechos de tráfico de tercera, cuarta, quinta, sexta y séptima libertad, sin necesidad que los Estados que son parte de las rutas los otorguen expresamente.

Se preguntarán Ustedes como sucede esto, de una forma que parece mágica, sencillamente porque tal como se han diseñado societariamente estos procesos de adquisiciones y fusiones, las compañías aéreas que se fusionan conservan su identidad jurídica, no desaparecen como personas jurídicas, aportan sus acciones a una “holding” y operan bajo una sola marca comercial, pero mantienen los derechos de tráfico que las diversas autoridades aeronáuticas les han otorgado.

Esto explica como AVIANCA que era una compañía colombiana, pero cuya marca identificaba a todas sus aeronaves, operaciones y rutas del grupo, en su momento ofreció un vuelo LIMA-BUENOS AIRES, que en la práctica es el ejercicio de un derecho de tráfico de séptima libertad, que no había sido concedido ni por las autoridades aeronáuticas de Perú ni de Argentina, simplemente porque el vuelo era operado formalmente por TACA-PERU, que era titular de los derechos de tráfico de tercera y cuarta libertad entre Lima y Buenos Aires, pero quien materialmente realizaba la operación, aparece en los sistemas computarizados de reservas, obtiene los ingresos, cubre los costos era AVIANCA, que en el fuselaje de la aeronave y en letra minúscula anuncia: “operado por TACA-PERU”.

Actualmente TACA-PERU no existe como compañía independiente, ya que fue absorbida por AVIANCA-PERU, que a su vez se liquidó en el año 2020, sin embargo, la matriz de AVIANCA sigue operando vuelos internacionales desde Lima con apoyos locales a partir del año 2021.

Lo mismo ha sucedido con el vuelo que ofrece la aerolínea panameña COPA AIRLINES entre Bogotá y Cancún, que es operado formalmente por la compañía colombiana AEROREPUBLICA, que solo existe en el papel, ya que fue absorbida por COPA AIRLINES, pero mantiene los derechos de tráfico de tercera y cuarta libertad entre Bogotá y Cancún, permitiendo que COPA que es la “holding” ejerza los derechos de tráfico de séptima libertad.

Y así sucede con muchos otros ejemplos donde las aerolíneas “holding” que resultan de estos procesos de adquisiciones y fusiones ejercen en la práctica los derechos de tráfico de quinta, sexta y séptima libertades de forma ilimitada y sin ningún tipo de restricción.

Como conclusión podemos decir entonces que la práctica comercial y la sofisticación de las estructuras jurídicas y societarias en los procesos de adquisiciones y fusiones de las compañías aéreas, han sustituido las políticas restrictivas impuestas por los Estados respecto al acceso a los mercados, impulsando una verdadera liberalización de los servicios de transporte aéreo en el ámbito latinoamericano.

### 3. Características especiales de los servicios de carga aérea

Los servicios de carga aérea tradicionalmente se han considerado como un subproducto del servicio de transporte aéreo de pasajeros, y solo a finales del siglo pasado e inicios del presente han cobrado una mayor autonomía, lo cual permite señalar unas características especiales que los diferencian de los servicios aéreos comerciales de pasajeros.

Si bien el negocio del transporte aéreo en el mundo está construido y sustentado sobre la base del transporte de pasajeros, se estima que aun cuando la carga aérea sólo representa el 2% del total de la carga movida alrededor del mundo, es decir, que en peso es el 2% del intercambio comercial mundial, en materia de valor dicho porcentaje equivale al 40% del intercambio comercial mundial, de ahí la importancia que tiene el transporte aéreo de carga para la economía global y su contribución a la competitividad y al desarrollo industrial y comercial, especialmente de los llamados países emergentes, como es el caso de los países latinoamericanos, que requieren de unos servicios eficientes en materia de carga aérea, fundamentalmente para la exportación de productos perecederos, como frutas frescas, flores y vegetales.<sup>2</sup>

La Asociación Internacional de Carga Aérea, TIACA por su sigla en inglés, en una nota presentada a la V Conferencia Mundial de Transporte Aéreo, celebrada en Montreal en marzo de 2003, enfatizó sobre las diferencias fundamentales entre los servicios de transporte aéreo de carga prestados

2. Ver en la página web de la OACI, nota presentada por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE. “Liberalización de los servicios de carga aérea”, en la Conferencia Mundial de Transporte Aéreo. Montreal – ATConf/5-WP/59. Marzo de 2003.



por las llamadas aerolíneas cargueras o “all-cargo” y las aerolíneas que prestan un servicio combinado de pasajeros y carga, conocidas como “combi”.<sup>3</sup>

Si bien el negocio de la carga aérea en el mundo, está repartido por partes iguales entre las aerolíneas “all-cargo” y las aerolíneas “combi”, las cuales están sometidas a los mismos principios y regulaciones de la OACI, ejercen los derechos de tráfico con base en idénticos acuerdos bilaterales o multilaterales de carácter regional y están sometidas a regulaciones similares en materia ambiental y de seguridad, desde el punto de vista de su operación muestran diferencias muy importantes, que resulta importante analizar para efectos de diseñar una política aérea, que responda a las necesidades de esta industria específica del transporte aéreo de carga.

### *3.1. Ingresos y costos*

Una primera diferencia entre la operación de las aerolíneas “all-cargo” y “combi” se refiere a la forma como se obtienen los ingresos y se asume el pago de los costos de vuelo, mientras que las primeras tienen que pagar dichos costos (combustible, salarios de la tripulación, costos financieros asociados al alquiler de las aeronaves, seguros, cargos aeroportuarios y ambientales e impuestos), con los ingresos que obtienen exclusivamente con el pago de los fletes, para las aerolíneas que combinan los pasajeros y la carga, el servicio de carga lo consideran un ingreso marginal y los costos en su mayoría son absorbidos por el servicio de pasajeros, y en algunas ocasiones equivale a cero, ya que incluso en un vuelo sin carga, sus ingresos no se ven afectados, ya que continúan operando el servicio principal de pasajeros.

### *3.2. Capacidad de carga de las aeronaves*

En materia de capacidad de carga, las modernas aeronaves B777, A340, A380 y B787, pueden transportar grandes cantidades de carga, un A380 tiene una capacidad de transportar 8 toneladas, un A340 13 toneladas, un B787 15 toneladas y un B777 23 toneladas, de tal forma que son aeronaves diseñadas para que en su cubierta inferior operen como verdaderas cargueras y en su cubierta superior presten el servicio de transporte de pasajeros, lo cual constituye una diferencia importante frente a las aerolíneas “all-cargo”, en la medida, que pueden repartir mejor el riesgo entre el negocio de carga y el negocio de pasajeros, como lo sostiene la TIACA en la nota mencionada.

### *3.3. Rutas operadas*

Las rutas autorizadas y ofrecidas por las aerolíneas “combi” son de ida y regreso, es decir que el negocio del transporte aéreo de pasajeros es de doble dirección y por lo tanto más equilibrado,

3. Ver en la página web de la OACI, nota presentada por la Asociación Internacional de Carga Aérea TIACA. “El caso para la liberalización de carga exclusivamente”, en la Conferencia Mundial de Transporte Aéreo. Montreal – ATConf/5-WP/83. Marzo de 2003.



mientras que las aerolíneas “all-cargo” prestan el servicio en una sola dirección y no tienen garantía de carga de regreso, lo cual hace que la operación resulte desequilibrada y los transportadores de carga requieran volar a un tercer destino, triangulando su operación y evitando trayectos vacíos, lo cual desde el punto de vista operativo y comercial implica diferencias sustanciales con las aerolíneas “combi”.

### *3.4. Tarifas*

Teniendo en cuenta que las rutas operadas por las aerolíneas “all-cargo” son unidireccionales, sus tarifas fluctúan en forma considerable, dependiendo de la dirección de cada vuelo, realizando una operación triangular, mientras que las tarifas por los servicios de transporte aéreo de pasajeros son más estables, ya que las aerolíneas “combi” operan rutas lineales que unen a dos ciudades.

### *3.5. Infraestructura aeroportuaria*

En materia de infraestructura aeroportuaria las aerolíneas “all cargo” se quejan muchas veces de un trato discriminatorio frente a las aerolíneas de pasajeros y “combi”, respecto al uso de las instalaciones aeroportuarias y el acceso a los servicios en tierra, por las restricciones que se imponen respecto a la adjudicación de los “slots” y los horarios de operación, que generalmente son nocturnos, donde la prioridad la tienen los servicios de transporte aéreo de pasajeros.

Estas características especiales de los servicios de carga aérea prestados por aerolíneas “all-cargo”, que los diferencian de los servicios ofrecidos por las llamadas aerolíneas “combi”, y la importancia que para la economía global tienen estos servicios, es lo que ha llevado a importantes organizaciones mundiales, como la Organización de Aviación Civil Internacional OACI, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE, la Organización Mundial del Comercio OMC, la Cámara de Comercio Internacional, a través de su Comité sobre transporte de carga aérea y la Asociación Internacional de Carga Aérea TIACA, a plantear y reclamar una liberalización total y absoluta de los servicios aéreos de carga, mediante un acuerdo multilateral al interior de la OACI, que sustituya el modelo bilateral consagrado en el Convenio de Chicago de 1944, que dichas organizaciones consideran restrictivo y obsoleto frente a las nuevas realidades del transporte y del comercio internacional.

Así tenemos que la OACI con posterioridad a la VI Conferencia Mundial de Transporte Aéreo celebrada en el año 2013, y en desarrollo de las recomendaciones de dicha conferencia en materia de carga aérea, ha venido trabajando en un proyecto tendiente a elaborar un acuerdo internacional de carácter multilateral, específico para los servicios de carga aérea, y tanto la Asamblea de la OACI en su trigésimo octavo período de sesiones celebrada en los meses de Septiembre y Octubre de 2013, como en la doceava reunión del Grupo de Expertos sobre Reglamentación del Transporte Aéreo, celebrada en Mayo de 2014, presentaron recomendaciones en este sentido, y el

objetivo que se ha fijado la OACI es finalizar este acuerdo internacional y someterlo a la aprobación de los Estados.<sup>4</sup>

Hasta la fecha ese convenio internacional no se ha celebrado, sin embargo, en el año 2022 la OACI expidió un documento denominado “Panorama general de los avances regulatorios e industriales en el transporte aéreo internacional” y en la sección correspondiente a los servicios de carga aérea analizó las tendencias comerciales de la industria de la carga aérea en el período comprendido de 2016 a 2021, destacando que esta industria se ha caracterizado en los últimos años por el rápido desarrollo del comercio electrónico en todo el mundo que ha dinamizado en forma exponencial el sector de la carga aérea, llevando a las aerolíneas a implementar desarrollos tecnológicos en su operación, digitalizando sus procedimientos, mediante la automatización, Big Data, inteligencia artificial e implantando la carta de porte aéreo electrónica.

Igualmente, el documento hace referencia a que las aeronaves de última generación que están siendo utilizadas por la industria de carga aérea, sustituyendo la antigua flota, han mejorado sustancialmente sus operaciones, respecto al ahorro y eficiencia del combustible, lo mismo que a la reducción de emisiones efecto invernadero, que son fundamentales para la situación financiera de las aerolíneas.

De otra parte, en este documento la OACI hace mención a la tendencia aeronáutica en los últimos años, orientada hacia la utilización para el sector de la carga aérea de aviones eléctricos de despegue y aterrizaje vertical, propulsados por motores eléctricos, con capacidad de volar con un solo piloto, transportando 1.200 kilogramos de carga y con una autonomía de vuelo de hasta 815 kilómetros.

Finalmente, la OACI menciona que la carga aérea es un motor clave y un facilitador muy importante para el desarrollo del comercio internacional, especialmente para aquellos países pobres y con menor grado de desarrollo, constituyéndose en un instrumento importante en la lucha contra la pobreza.

De igual forma la OCDE ha elaborado distintos documentos sobre la liberalización de los servicios de carga aérea, destacándose el informe presentado en el año 1997, que se denominó “El futuro de la Política de Transporte Aéreo Internacional”, donde si bien reconoce algunos progresos en materia de liberalización del transporte aéreo internacional, sostiene que en esta industria sigue siendo caracterizada por un conjunto de normas y prácticas restrictivas frente a las demás industrias que operan en el comercio internacional.

Posteriormente la OCDE concentró sus esfuerzos en la carga aérea al considerar la importancia que esta tiene para la competitividad y el éxito comercial de un gran número de industrias en el mundo, en este sentido ha elaborado varios documentos, entre los cuales se destacan “Reforma

4. Ver en la página web de la OACI, notas presentadas por la Secretaria de la OACI. “Liberalización de los servicios de carga aérea” en la quinta y sexta Conferencias Mundiales de Transporte Aéreo”. ATConf/5-WP-10. Montreal, Marzo 2003 y ATConf/6-WP/14. Marzo de 2013. Ver informe de la Conferencia Regional OACI de Transporte Aéreo. Montego Bay, Jamaica. Octubre de 2014.

Regulatoria en el Transporte Internacional de Carga Aérea”, publicado en 1999, “Principios de la OCDE para la Liberalización de la Carga Aérea”, presentado en el año 2000 y finalmente en el año 2002 la Secretaría de la OCDE puso a disposición en su página web un paquete completo denominado “La liberalización del transporte aéreo de carga”, diseñado para asesorar a los países miembros, a la industria de la aviación y en general a todos los interesados, en todo lo relacionado con la liberalización de los servicios de carga aérea, identificando como las principales barreras para lograr esta liberalización, el acceso a los mercados, relacionado con las restricciones existentes para la concesión de los derechos de tráfico, el principio de la propiedad sustancial y el control efectivo exigido por los Estados, para permitir el acceso a los mercados de las aerolíneas extranjeras, que impide la libre circulación de capitales en la aviación civil, y el arrendamiento de las aeronaves, con los límites impuestos a la modalidad del wet-leasing, o arrendamiento con tripulación.<sup>5</sup>

En este paquete, la OCDE elaboró dos proyectos de acuerdo para la liberalización de los servicios aéreos de carga, uno en el plano bilateral con el objeto de adicionar y complementar los acuerdos bilaterales de servicios aéreos de carga vigentes, y otro de carácter multilateral que busca la liberalización mundial de la carga aérea, proyecto que indudablemente ha influenciado las recomendaciones y los estudios de la OACI, que analizamos anteriormente.

Recientemente la Secretaría de la OCDE expidió el Manual sobre reglamentación del transporte aéreo (2025), que incluye el marco para la liberalización de los servicios de carga aérea, este documento hace referencia a las funciones de las autoridades nacionales en la expedición de licencias, la regulación tarifaria y la coordinación internacional para facilitar la liberalización de estos servicios.

De igual forma al interior de la OMC, varios países han propuesto que se incluyan los servicios de carga aérea en el anexo sobre los servicios de transporte aéreo del acuerdo general sobre el comercio de servicios, con lo cual le otorgarían un carácter multilateral a la regulación de los servicios de transporte aéreo de carga.<sup>6</sup>

Finalmente, la Cámara de Comercio Internacional a través de su Comité de Transporte ha impulsado activamente la liberalización de los servicios de carga aérea, proponiendo específicamente una separación de la normatividad que regulan los servicios aéreos de pasajeros de los servicios de carga aérea, con la finalidad de que estos últimos no se vean afectados por la política restrictiva que tienen los primeros en materia de derechos de tráfico y acceso a los mercados.

5. Ver documentos citados en la página web de la OCDE – [www.oecd.org](http://www.oecd.org)

6. Ver en la página web de la OMC, nota de la Secretaría de la OMC sobre los servicios de transporte aéreo de carga. S/C/W/270/Add.2. Septiembre de 2007.

#### 4. Situación actual de los derechos aerocomerciales en materia de servicios de carga aérea en América Latina

Una vez analizada la evolución que han tenido los derechos de tráfico y su aplicación práctica a la luz de las novedosas estructuras societarias de las líneas aéreas, cómo resultado de los procesos de adquisiciones y fusiones nos corresponde estudiar cual es la situación actual de los derechos aerocomerciales, respecto a los servicios de carga aérea en América Latina que corresponde al tema que se nos ha propuesto exponer en esta conferencia.

Ya veíamos que las diferencias fundamentales que se presentan en la operación, entre los servicios aéreos de pasajeros y los servicios de carga aérea, han llevado a importantes organizaciones en el mundo, lideradas por la OACI a plantear un tratamiento regulatorio distinto para estos dos tipos de transporte aéreo, especialmente en materia de derechos de tráfico, hasta el punto de que la OACI a través del Grupo de Expertos sobre Reglamentación del Transporte Aéreo, está trabajando en un proyecto de acuerdo internacional específico para los servicios de carga aérea.

A nivel latinoamericano existe la misma tendencia, pero en este caso, ya se firmó un acuerdo multilateral al interior de la Comisión Latinoamericana de Aviación Civil CLAC, que constituye un instrumento importante en el proceso de liberalización del transporte aéreo en la región, no solo respecto de los servicios de pasajeros, sino de la carga aérea.

La CLAC es un organismo regional de transporte aéreo integrado por veintidós Estados del área suramericana, centroamericana y del Caribe, que coordina sus labores con múltiples organizaciones de transporte aéreo a nivel mundial, principalmente con la OACI, y en ejercicio de sus funciones se dio a la tarea de preparar un acuerdo de carácter multilateral, que recogiera las nuevas tendencias en materia de política aérea, dirigidas fundamentalmente a la liberalización del transporte aéreo en la región.

Finalmente, la CLAC logro su objetivo y en la XIX Asamblea General celebrada en la ciudad de Punta Cana, República Dominicana, en el mes de Noviembre de 2010, se aprobó mediante la Resolución número A 19-03 el Acuerdo Multilateral de Cielos Abiertos, que constituye como lo decíamos en la introducción de esta ponencia, el primero de su tipo de alcance continental, el cual se encuentra vigente al haber sido firmado por nueve Estados, de los veintidós que conforman la CLAC.

Este acuerdo tiene varios capítulos y la mayor parte de ellos tienen por objeto la regulación de los servicios de transporte aéreo de pasajeros, sin embargo, en materia de prestación de servicios de carga aérea, el Acuerdo de Cielos Abiertos de la CLAC consagra importantes innovaciones frente a las regulaciones restrictivas establecidas en los acuerdos bilaterales, que la mayor parte de los países que integran la CLAC han suscrito a partir del Convenio de Chicago de 1944.

Así tenemos que el Acuerdo de Cielos Abiertos de la CLAC en su artículo 2º sobre otorgamiento de derechos aerocomerciales, al referirse a los servicios regulares y no regulares exclusivos de carga aérea, consagra en forma clara y abierta los derechos de tráfico de séptima libertad, sin límite alguno respecto al número de frecuencias y equipo de vuelo, igualmente autorizó para los servicios exclusivos de carga los derechos aerocomerciales de cabotaje, en ejercicio de la octava

y novena libertad, que el Convenio de Chicago había reservado exclusivamente para las aerolíneas nacionales, con lo cual la CLAC no sólo adoptó las recomendaciones tanto de la Asociación Internacional de Carga Aérea TIACA, como de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos OCDE, sobre acceso al mercado, que veíamos anteriormente, sino que fue mucho más allá, liberalizando en forma absoluta y total el transporte aéreo de carga en la región latinoamericana, adicionalmente para los servicios aéreos combinados de pasajeros y carga, se consagraron los derechos de tráfico de tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava y novena libertades, constituyéndose este Acuerdo de Cielos Abiertos de la CLAC en el más liberal de todos los acuerdos multilaterales que se han suscrito en la región latinoamericana y quizás en el mundo. De igual manera el Acuerdo de Cielos Abiertos de la CLAC se refiere a otro de los temas sensibles en materia de prestación de servicios de carga aérea, como es el requisito establecido por la mayoría de los Estados para permitir el acceso al mercado de las aerolíneas de otro Estado, exigiendo que la propiedad sustancial y el control efectivo de esas aerolíneas este en poder de nacionales del Estado que las han designado, requisito este que se ha criticado en todos los ámbitos de la aviación civil, ya que impide la libre circulación de capitales, indispensables para el crecimiento y fortalecimiento de la industria de la aviación civil.

En esta materia el Acuerdo de Cielos Abiertos al consagrar el principio de la múltiple designación, sustituye el requisito de la “propiedad sustancial y el control efectivo”, por el de “la constitución, domicilio y control normativo” del Estado que otorga la designación, de tal manera que ya no se requiere que la mayoría del capital accionario este en cabeza de nacionales del país de la aerolínea designada, ni que estos tengan el control de su administración y operación, basta simplemente que dicha aerolínea haya sido constituida y tenga su domicilio en dicho país y que el Estado ejerza su control normativo, es decir que se encuentre bajo la inspección, vigilancia, control y regulación de las autoridades competentes, que en el caso colombiano serían la Aeronáutica Civil, la Superintendencia de Sociedades y la Superintendencia de Transporte.

Al excluirse el principio de la “propiedad sustancial y el control efectivo”, se permite que la inversión extranjera fluya sin ninguna restricción en la industria del transporte aéreo y se faciliten los procesos de adquisiciones y fusiones a que nos referíamos en el primer capítulo de esta ponencia, de alguna manera este principio sobre la “propiedad sustancial y el control efectivo”, había sido obviada con la creación de sociedades nacionales por parte de las aerolíneas holdings, como fue el caso de la creación de Taca Perú, Lan Colombia o Avianca Brasil, que se analizaron anteriormente.

De igual manera respecto a la modalidad de arrendamiento de aeronaves, conocida como wet-leasing o arrendamiento con tripulación, que es otro de los temas polémicos en materia de prestación de servicios de carga aérea, el Acuerdo de Cielos Abiertos en su artículo 25 estableció que las líneas aéreas designadas por los Estados puedan utilizar aeronaves arrendadas de otra empresa, con o sin tripulación, con la condición de que dichas aerolíneas cumplan con la totalidad de leyes y reglamentos establecidos por los Estados, especialmente en materia de seguridad operacional y seguridad de la aviación.

Al haber aceptado el wet-leasing o arrendamiento de aeronaves con tripulación la CLAC acoge la recomendación que había formulado puntualmente la Asociación Internacional de Carga Aérea, TIACA, dirigida fundamentalmente a reducir los costos de operación en este tipo de servicios.

Lo que resulta paradójico es que no obstante el esfuerzo de la CLAC por liberalizar el transporte aéreo en la región, de los 22 países miembros de la CLAC solo 9 han firmado el acuerdo y de esos 9, solo cuatro lo han ratificado, Panamá, Uruguay, Brasil y República Dominicana, todos salvo Chile y Uruguay, han formulado reservas, especialmente en lo que se refiere al ejercicio de la quinta, sexta, séptima, octava y novena libertades del aire, lo cual significa que una cosa es la retórica que se maneja en las reuniones de los organismos internacionales de aviación civil, como es el caso de la CLAC, y otra la realidad del ejercicio práctico de los derechos de tráfico por parte de los países que hacen parte de esta organización, donde sigue imperando una política restrictiva en materia de acceso al mercado.

Así tenemos que Colombia quien a través de sus autoridades aeronáuticas ha proclamado una política liberal en materia de transporte aéreo, inicialmente al momento de suscribir el Acuerdo, el 28 de Julio de 2011 en la ciudad de Cartagena, formulo cinco reservas relacionadas con los derechos de tráfico de quinta y séptima libertad del aire para el transporte internacional de pasajeros, carga y correo, lo mismo que de séptima libertad para los servicios regulares y no regulares exclusivos de carga, en lo que se refiere a los derechos de cabotaje (octava y novena libertad del aire), claramente manifestó: *“La República de Colombia formula reserva, toda vez que, conforme a la legislación y normatividad interna, el cabotaje es un derecho exclusivo de las aeronaves colombianas, en consecuencia, no se encuentra vinculada con esta disposición”*. De igual forma Colombia hizo una reserva especial en materia tarifaria, por cuanto su legislación interna lo mismo que su política aerocomercial establece controles de los niveles máximos de las tarifas aéreas, en consecuencia, manifiesta que no se considera vinculada por lo dispuesto en el Artículo 17 del Acuerdo que consagra el principio de la absoluta libertad tarifaria, con fundamento exclusivo en las condiciones comerciales del mercado.

Posteriormente y mediante nota diplomática enviada a la Secretaria de la CLAC, 12 de febrero de 2012, Colombia realiza una primera enmienda y aclara las reservas formuladas, retirando las relacionadas con el ejercicio de la quinta libertad y manteniendo las vinculadas con la séptima libertad, especialmente en lo que se refiere a los servicios exclusivos de carga aérea, igualmente mantiene la reserva en lo que respecta a los derechos de cabotaje y el tema tarifario.

Finalmente y mediante nota diplomática de fecha 7 de Agosto de 2012, Colombia presenta una segunda enmienda, aclarando que concede derechos de quinta libertad para el transporte aéreo de pasajeros, carga y correo y servicios exclusivos de carga aérea, circunscritos a los territorios de los Estados miembros de la CLAC, manteniendo la reserva para los derechos de séptima libertad, cabotaje y libertad tarifaria, con lo cual, se evidencia, que no obstante la proclamación de una política liberal por parte de la Autoridad Aeronáutica Colombiana en un documento presentado en el Taller de Integración Aérea, celebrado en Río de Janeiro, Brasil, en el mes de Septiembre de



2014, la política aérea del Estado Colombiano continua siendo restrictiva en materia de concesión de derechos de tráfico y de acceso al mercado.

De igual forma Brasil, al momento de suscribir el Acuerdo de Cielos Abiertos de la CLAC, el 8 de Noviembre de 2012, formulo reservas relacionadas con el ejercicio de los derechos de séptima, octava y novena libertades del aire, advirtiendo claramente, que para que se cumplan los objetivos de integración regional y eliminación de restricciones al transporte aéreo, se debe contemplar solo la liberalización de los derechos de tráfico hasta de sexta libertad, con lo cual claramente está afirmando que el Acuerdo de la CLAC en lo referente a la liberalización del transporte aéreo en lo relacionado con los derechos de tráfico de séptima, octava y novena libertades del aire, es absolutamente utópico.

En la misma dirección de Brasil, formularon reservas República Dominicana, Guatemala, Paraguay, Panamá y Honduras, de tal manera, que de los nueve países firmantes solo Uruguay y Chile no han formulado reservas al acuerdo de la CLAC, que aun cuando se encuentra vigente formalmente, ya que sólo se exigió la ratificación de tres Estados, no ha tenido una aplicación real, debido a las reservas formuladas por los países signatarios que analizamos anteriormente.

Como conclusión podemos decir, que en la región latinoamericana, no obstante el esfuerzo de la CLAC por liberalizar el transporte aéreo con la firma de este Acuerdo de Cielos Abiertos, ha imperado la política restrictiva de sus Estados miembros, de los cuales sólo un porcentaje inferior al cincuenta por ciento (50%) ha suscrito el Acuerdo y de esos nueve países, el ochenta por ciento (80%) han formulado reservas, especialmente al ejercicio de los derechos de tráfico de séptima, octava y novena libertades del aire, lo cual hace inoperante los principios de liberalización absoluta del transporte aéreo en el área latinoamericana, incluyendo los servicios aéreos de carga, que es el tema de este artículo.

En contraste, como lo manifestábamos en la introducción, la política aeronáutica restrictiva de los Estados Latinoamericanos ha sido sustituida por las decisiones de las aerolíneas, que a través de los procesos de fusiones y adquisiciones han liberalizado en gran parte el transporte aéreo en la región.



## Transporte aéreo y derecho de los usuarios o consumidores. El Decreto 809/24 del PEN \*

Emilio Romualdi

Director de Doctorado en Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad John F. Kennedy, Buenos Aires, Argentina

### Abstract

*Air Transport and Consumer Rights: The Impact of Decree 809/24.*

*This paper explores the intersection of air transport services and consumer protection law in Argentina, particularly in light of Decree 809/24 enacted by the Executive Branch. It begins by analyzing the conceptual framework of the consumer and user within the legal context, emphasizing their interchangeability and relevance to public services like air transport. The discussion highlights the evolution of consumer characteristics in the digital age and the increasing demands for transparency, immediacy, and authenticity. The second part examines how Decree 809/24 incorporates core principles of consumer law, including the prohibition of abusive clauses, the requirement for clear and accurate information, safeguards against misleading advertising, mechanisms for damage prevention and redress, and streamlined dispute resolution channels. Finally, the paper situates these legal advancements within the broader constitutional framework of Article 42 and key case law precedents, reaffirming the applicability of consumer protection norms to air transport contracts.*

*Trasporto aereo e diritti dei consumatori: l'impatto del decreto 809/24.*

*Questo articolo esplora l'intersezione tra i servizi di trasporto aereo e la normativa a tutela dei consumatori in Argentina, in particolare alla luce del decreto 809/24 emanato dall'Esecutivo. Inizia analizzando il quadro concettuale di consumatore e utente nel contesto giuridico, sottolineandone*

\* Sottoposto a referaggio.

*l'intercambiabilità e la rilevanza per i servizi pubblici come il trasporto aereo. La discussione mette in luce l'evoluzione delle caratteristiche dei consumatori nell'era digitale e la crescente domanda di trasparenza, immediatezza e autenticità. La seconda parte esamina come il Decreto 809/24 integri i principi fondamentali del diritto dei consumatori, tra cui il divieto di clausole abusive, l'obbligo di informazioni chiare e accurate, le garanzie contro la pubblicità ingannevole, i meccanismi di prevenzione e risarcimento dei danni e la semplificazione dei canali di risoluzione delle controversie. Infine, il documento colloca questi progressi giurisprudenziali nel più ampio quadro costituzionale dell'articolo 42 e dei principali precedenti giurisprudenziali, ribadendo l'applicabilità delle norme di tutela dei consumatori ai contratti di trasporto aereo.*

**Keywords:** *Consumer protection, Air transport, Decree 809/24, Misleading advertising, Passenger rights*

**Parole chiave:** *Tutela del consumatore, Trasporto aereo, Decreto 809/24, Pubblicità ingannevole, Diritti dei passeggeri*

**Sommario** – 1. El derecho del consumo y los servicios públicos. – 2. El Decreto 809/24 y el derecho del consumo. – 3. Epílogo.

### 1. El derecho del consumo y los servicios públicos

El “mundo doctrinario aeronáutico” ha discutido en base a la pretendida autonomía la aplicación de las normas del consumidor al contrato de transporte aéreo.

En ese contexto de controversia de opiniones me parece oportuno hacer algunas consideraciones sobre el concepto de consumidor y el de usuario y su asimilación en el marco del denominado derecho del consumo.

Este último puede ser conceptualizado como “*la disciplina jurídica de la vida cotidiana del habitante de la sociedad de consumo*”<sup>1</sup>.

El bien jurídico tutelado es la persona humana, a la que presta auxilio el ordenamiento jurídico para asegurarle bienestar e indemnidad al abastecerse de bienes de consumo o utilizar servicios públicos, sobre todo a partir del fenómeno en el cual los estados dejaron de prestar los mismos quedando estos en manos de operadores privados.

Es, en definitiva, por un lado, un régimen de calificación de conducta de los proveedores de bienes y servicios en relaciones no paritarias a lo que se suma, por el otro, un mecanismo de resolución de controversias mediante mecanismos ágiles, simples que facilitan la solución del conflicto.

1. J. Baudrillard, *A sociedade de consumo*, trad. de Artur Morao, Lisboa, 1981, p. 27 (cit. por Gabriel Stiglitz, *Defensa de los consumidores de productos y servicios*, Ediciones La Rocca, 2001, p. 87).

El objetivo primario entonces es equiparar la relación de fuerzas entre quienes monopolizan el poder de negociación y quienes buscan satisfacer sus necesidades básicas.

La denominada *subordinación estructural*, en la que se encuentran quienes necesitan adquirir o utilizar bienes de consumo respecto de los proveedores de tales bienes y el creciente impacto social de estas vinculaciones jurídicas, ha hecho que el Estado deba involucrarse en ellas y asumir sus consecuencias como propias y ya no como una mera cuestión “entre particulares”.

Luego, en el diccionario de la Real Academia Española se define consumidor como la persona que adquiere productos de consumo o utiliza ciertos servicios.

A modo de ejemplo el concepto de consumidor definido en el artículo 3 del RD legislativo 1/2007<sup>2</sup> establece que son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores, a efectos de esta norma, las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Asimismo, se establece que a los efectos de esa ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tienen la consideración de personas consumidoras vulnerables respecto de relaciones concretas de consumo, aquellas personas físicas que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentran, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que les impide el ejercicio de sus derechos como personas consumidoras en condiciones de igualdad.

Se pueden distinguir dos tipos de consumidor conforme su pertenencia o no a una organización mayor que ellos mismos:

- Consumidor personal. Aquel que compra lo que necesita en su vida cotidiana y piensa en sí y su núcleo familiar únicamente. Es decir, son quienes compran el producto o el servicio ya elaborado y quienes le dan uso. A estos la publicidad dedica sus esfuerzos de promoción y motivación al consumo, y el marketing o mercadeo estudia los patrones de consumo que presenta su comunidad específica.
- Consumidor organizacional. Aquel que compra para una empresa, institución u organización entera, o que tiene en cuenta las necesidades de un negocio que regenta o del que participa.

Luego, también se pueden clasificar a los consumidores dada su ubicación en la cadena de consumo como:

- Consumidores finales. Estos son aquellos que dan uso a los bienes o servicios adquiridos de manera tal que agotarán su necesidad una vez que lo hayan hecho. Es decir, son el punto final de la cadena de producción y consumo.

2. Mediante este instrumento de 16 de noviembre se aprueba el texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y en el artículo 2 de la Ley 11/1998, de 9 de julio, de protección de los consumidores de la Comunidad de Madrid.

- Consumidores intermedios. Son aquellos que son un eslabón intermedio de la cadena y no el final, es decir, no agotan su necesidad de consumo, sino que la renuevan constantemente (la invierten).

Los consumidores actuales son influenciados por la revolución tecnológica tienen por lo menos las siguientes características:

- Están conectado a la red. El Internet es su lugar favorito de búsqueda de productos y servicios lo que ocurre ya de manera generalizada en el transporte aéreo. Se sostiene, que el 63% de mujeres y 77% de hombres adultos no pasan más de una hora sin conectarse con sus teléfonos celulares<sup>3</sup>.
- La opinión es importante. Los consumidores actuales comparten todo: sus experiencias, sus opiniones, y les gusta sentirse tomados en cuenta. Las redes sociales y la cultura 4.0 – que ha evolucionado desde la cultura 2.0 – permitieron que la brecha entre empresa y cliente se hiciera más corta, a lo que los consumidores de hoy no están dispuestos a renunciar<sup>4</sup>.

Ello complementa la función del precio como indicador de mercado.

En tal sentido, sostiene Fridman<sup>5</sup> que los precios cumplen tres funciones al organizar la actividad económica: primero, transmiten la información, segundo proporcionan un incentivo para adoptar aquéllos métodos de producción que son menos costosos y, por consiguiente, utilizar los recursos disponibles para los propósitos más altamente valorados; tercero, determinan quién consigue cuánto del producto –la distribución de los ingresos.

- Se (des)fidelizan rápido. Los consumidores actuales son rápidos en su elección de consumo, pero con la misma velocidad pueden renunciar a ella y cambiar a otra si ésta deja de satisfacer sus expectativas. En este sentido, el transporte aéreo con el crecimiento de la oferta y las modificaciones de sus características en esta es un caso claro donde no hay una gran fidelización más allá de los programas implementados por las empresas a tal fin. El pasajero busca la mejor oferta posible en el marco de sus posibilidades siendo ahí donde el tema de la publicidad engañosa juega un rol fundamental.
- Demanda inmediatez. Los largos tiempos de espera y los canales lentos de comunicación no tienen lugar en el imaginario del consumidor contemporáneo. Todo debe ser rápido y al instante. Eso es lo que hace central el sistema de transmisión de datos por medio de las redes.
- Persigue la autenticidad. El consumidor moderno busca sentirse a salvo de la publicidad engañosa. Exige lealtad a sus empresas y a cambio ofrece ser un cliente exclusivo.

Ahora bien, el término consumidor, conforme vamos viendo, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, es equivalente al término “usuario” de modo que pueden utilizarse ambos de manera indistinta.

El término usuario, por otro lado, remite claramente a los servicios públicos entre los que se encuentra el transporte aéreo dado que puede entenderse el término como la persona que utiliza

3. <https://concepto.de/consumidor/>.

4. <https://concepto.de/consumidor/>.

5. M. Friedman, R. Friedman, *Libre para elegir*, Deusto, 2020.

un servicio, radicando el distingo en el objeto del acto de consumo en si mismo relacionado a la adquisición de un bien, sin importar si el mismo ha sido realizado a título oneroso o gratuito.

Tanto es así que Tapia Salinas define al contrato de transporte aéreo como *“un contrato mediante el cual una persona, denominada transportista, conviene con otra, que llamaremos usuario, en el traslado de un lugar a otro, en aeronave y por vía aérea, de una determinada persona o cosas en las condiciones estipuladas por ambas partes”*<sup>6</sup>.

Ahora bien, en general el derecho del consumo tiene varios aspectos fundamentales de las relaciones entre los productores y los consumidores que se expresan en los principios que rigen la disciplina.

Estos son:

- Protección a la vida, salud y seguridad.
- Educación en el consumo.
- Protección de intereses económicos.
- Información.
- Protección contra la publicidad engañosa.
- Derecho a la modificación de prestaciones desproporcionadas.
- Derecho a la efectiva prevención y reparación de daños.
- Acceso a órganos judiciales y administrativos. Derecho a la representación.

Vemos entonces cuales de estos aspectos han sido cubiertos en la reglamentación dictada.

## 2. El Decreto 809/24 y el derecho del consumo

De conformidad con lo que establecimos previamente veamos el abordaje de estos aspectos fundamentales de tutela del consumidor/usuario con fuente última siempre en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

a) En cuanto allá protección de los intereses económicos se prohíben las cláusulas abusivas que desequilibren la relación entre el contractual en favor del proveedor de bienes y servicios y trata de asegurar que el consumidor conozca por anticipado todas las condiciones generales de la contratación que el empresario pretende utilizar – artículo 6 del Anexo I del decreto 809/24 –.

b) En cuanto a la publicidad está regulada en varios artículos de la nueva normativa destacándose que, durante el proceso de comercialización y ejecución del contrato de transporte aéreo, el Transportador garantizará al Pasajero el trato digno, respetuoso y equitativo. En el caso del intermediario será este el único responsable de la falta de trato digno, respetuoso y equitativo, durante toda su intervención.

En los artículos 4° a 10 de la normativa en cuanto a la debida publicidad se establece que

- el Transportador y/o el Intermediario que intervenga deberá proveer información adecuada,

6. L. Tapia Salinas, *La regulación jurídica del transporte aéreo*, Instituto Francisco de Vitoria, Ministerio del aire, Consejo superior de investigaciones científicas, Madrid, 1953, p. 96.

veraz, taxativa, clara, precisa, en idioma nacional y detallada de las características esenciales de los servicios ofrecidos al Pasajero, de las condiciones de su comercialización y de las reglas aplicables.

- Durante el proceso de comercialización el Transportador y/o el Intermediario pondrán a disposición del Pasajero, previo a la emisión del billete de pasaje, y para cada vuelo consultado, la información calidades ofrecidas detallando las condiciones tarifarias, plazo de validez, existencia de derecho a devolución y/o cambio, con eventuales penalidades en caso de corresponder, las reglas de presentación para el embarque y el plazo máximo de estadía. Se informará además las escalas, paradas o estancias, tiempo de conexiones, cambio de aeródromos o de aeronaves, y servicios incluidos o con cargo adicional en comidas, comidas especiales, elección de asientos, franquicia o cargo de equipaje declarado, no declarado y exceso de equipaje. De igual modo, si el itinerario incluye uno o más tramos operados por otro Transportador, deberá informarse al Pasajero esta circunstancia, indicando el Transportador que operará cada vuelo.
- En aquellos casos en que el pasaje sea comercializado y emitido por un intermediario, la obligación sobre la puesta a disposición de la información al Pasajero recaerá exclusivamente sobre este último, sin responsabilidad del Transportador por los errores u omisiones del Intermediario en este proceso. El Intermediario será el único responsable de los actos u omisiones de sus empleados y agentes cuando estos actúen en el ejercicio de sus funciones, como si fueran propios. El Intermediario no responderá por el incumplimiento total o parcial de las obligaciones del Transportador relacionadas con el contrato de transporte, en tanto este incumplimiento no esté causado por un acto u omisión atribuible al Intermediario con culpa de este.
- En cuanto a la información al momento de efectuar la reserva y luego en la emisión del billete de pasaje, el Pasajero o Intermediario interviniente en la contratación deberá ingresar un medio de comunicación ágil a fin de que el pasajero pueda recibir información sobre su viaje. La falta de suministro de información de contacto o la falta de consulta del correo electrónico eximirá al Transportador por la falta de información recibida por el Pasajero.
- El Transportador deberá informar al Pasajero cualquier procedimiento especial de despacho de Equipaje debido a su peso, dimensión y/o finalidad deportiva/recreativa. El transporte de equipaje que no se encuentre permitido conforme el reglamento y/o los procedimientos especiales establecidos por el transportador podrá ser rechazado o sometido al régimen del contrato de transporte de carga, corriendo por cuenta del Pasajero los costos adicionales que correspondan.
- El Transportador deberá proveer información correspondiente al régimen de transporte y procedimiento propio de transporte de carga o animales, cuando ofrezca dicho servicio. En los artículos 63 y 64 se reglamenta el transporte de animales donde se establece que los animales domésticos deberán ser aceptados para el transporte y recibir un debido trato por parte del transportador. Se podrá transportar animales en la cabina de la aeronave conforme las

regulaciones del transportador y sujeto a su peso y permanencia en bolso o contenedor cómodo, flexible y que permita al animal moverse con soltura y acostarse, cuyas dimensiones y ubicación en la aeronave serán determinadas por cada transportador.

- El Transportador deberá asimismo proveer al pasajero información sobre los artículos prohibidos para transportar en el Equipaje. La información también deberá proporcionarse y/o estar efectivamente disponible al momento del registro de embarque del pasajero al inicio del vuelo (*check in*).

c) En cuanto al tema específico de la publicidad engañosa la normativa establece que las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios de difusión inclusive los virtuales, se tienen por incluidas en el contrato con el Pasajero y obligan al oferente.

Esto se vincula con la norma general establecida en el artículo 1283 del Código Civil y Comercial de la nación en cuanto estipula que el transportista que ofrece sus servicios al público – en este caso el aéreo – está obligado a aceptar los pedidos compatibles con los medios ordinarios de que dispone, excepto que exista un motivo serio de rechazo; y el pasajero o el cargador están obligados a seguir las instrucciones dadas por el transportista conforme a la ley o los reglamentos. Los transportes deben realizarse según el orden de los pedidos y, en caso de que haya varios simultáneos, debe darse preferencia a los de mayor recorrido. Siempre es necesario recordar que esta regla es aplicable subsidiariamente conforme artículo 1281 del CCyC.

De este modo, el transportador está obligado a respetar los términos, plazos, condiciones, modalidades, excepciones y demás circunstancias conforme a las cuales hayan sido ofrecidos, publicitados o convenidos dichos servicios.

d) En cuanto a la debida prevención y reparación de daños más allá de los dispuesto en el Código Aeronáutico y lo previsto en el artículo 70 del Decreto se establece que se deberá poner a disposición del Pasajero al menos un canal no presencial habilitado permanentemente para que éste pueda realizar reclamos, solicitar información y realizar gestiones sobre el contrato de transporte. En tal sentido se establece que el transportador deberá brindar asistencia efectiva al pasajero, sea de manera presencial o a través de mecanismos alternativos de asistencia en el aeródromo para atender las solicitudes de información, consultas y quejas del Pasajero, así como cumplir debida y diligentemente con las obligaciones derivadas de retrasos, cancelaciones de vuelos e interrupciones del servicio.

e) Acceso a órganos judiciales y administrativos. Se establece en el decreto que se sancionarán procedimientos especiales para que los consumidores, las asociaciones y organismos públicos creados puedan defenderse y prohibir ciertas prácticas abusivas.

Se crea a tal fin el Servicio de Conciliación para Pasajeros de Transporte Aéreo en la órbita de la Secretaría de Transporte del Ministerio de Economía, por el que se dirimirán mediante un procedimiento ágil los reclamos iniciados por los Pasajeros de Transporte Aéreo, con los alcances, las modalidades, la metodología y las formas que determine y reglamente la referida Secretaría de Transporte.



Esto se enmarca en la idea central de tener procedimientos rápidos para cuestiones de bajo contenido económico que no justifica poner en marcha el sistema judicial de resolución de controversias más allá de las posibilidades siempre vigentes de encontrar una solución en la etapa de mediación previa.

### **3. Epílogo**

En cierto modo la discusión ya previamente sobre si se aplican normas o principio de derecho del consumo había estado algo resuelta en el precedente “Alfaro”<sup>7</sup> en cuanto se sostuvo que el hecho de que la cancelación del vuelo no se encuentre prevista en el Convenio de Montreal, e incluso en la hipótesis que no resulte aplicable al presente caso la Resolución N° 1532/1998 – derogada y reemplazada por el Decreto 809/24, no implican la inmunidad del transportista frente a normas de rango constitucional que protegen a los usuarios y consumidores, por el incumplimiento contractual que la cancelación intempestiva e infundada de un vuelo (artículo 42 de la Constitución Nacional).

Siempre pensé que si el artículo 29 del Convenio de Montreal excluye los daños punitivos es porque admitiría la aplicación supletoria de otras normas vinculadas a la defensa del usuario. Ello así porque sino debería haber efectuado una exclusión más amplia del sistema normativo que los incluye y que podría resultar aplicable al transporte aéreo.

Ahora, más allá de todas estas consideraciones está creo claro que en la nueva normativa se aplican muchas de los principios del denominado derecho del consumo estableciéndose además un mecanismo rápido de resolución de controversias que se encuadra en los modernos mecanismos de protección a las personas.

7. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal Sala II: Alfaro, German José y otro c/ United Airlines s/ incumplimiento de contrato S 26 de septiembre de 2024.

## Brevi cenni in tema di digitalizzazione nel settore dei trasporti e nella logistica portuale\*

Christina Zournatzi

Assegnista di Ricerca in Diritto della Navigazione e dei Trasporti, Università degli Studi di Teramo

### Abstract

*Some brief remarks on the impact of digitalisation in the transport sector and in logistics in ports.*

*This article analyses the environmental benefits of the recent EU legislative provisions on innovation, digitalisation and adaptation of ports and ships which include an obligation to use on-shore power supply (OPS) or zero-emission technology in ports under the jurisdiction of a Member State. Furthermore, the use of the blockchain technology as an environmentally friendly system in port operations and logistics and as the most effective way to replicate the paper bill of lading is considered and analysed together with its legal framework.*

*Il contributo analizza i vantaggi dalla più recente normativa europea sulla digitalizzazione e adeguamento dei porti e delle navi che stabilisce norme uniformi sull'obbligo dell'alimentazione elettrica da terra (on-shore power supply – OPS) o una tecnologia a zero emissioni nei porti di uno Stato membro. Inoltre, esamina l'impiego della tecnologia blockchain sul funzionamento delle operazioni logistiche nei porti e come mezzo più efficace per sostituire la polizza di carico cartacea indagando anche sul contesto normativo.*

\* Sottoposto a referaggio. Questa pubblicazione è stata finanziata dall'Unione Europea – Next Generation EU. Codice Progetto: ECS00000041; CUP Progetto: C43C22000380007; Titolo Progetto: Innovation, digitalization and sustainability for the diffused economy in Central Italy – VITALITY.

*Parole chiave: tecnologia blockchain, polizza di carico, digitalizzazione, porti, alimentazione elettrica da terra.*

*Key words: blockchain, bill of lading, dematerialization, EU ports, on-shore power supply.*

**Sommario** – 1. La tecnologia blockchain al servizio dei trasporti e della logistica portuale. – 2. La semplificazione delle procedure nella logistica portuale. – 3. La digitalizzazione dei documenti dei trasporti: La *blockchain bill of lading*. – 3.1. *Brevi cenni sulla normativa applicabile.*

## 1. La tecnologia blockchain al servizio dei trasporti e della logistica portuale

Negli ultimi anni la digitalizzazione e l'utilizzo di internet sono divenuti strumenti essenziali in tutte le attività economiche nonché indispensabili per lo sviluppo e coordinamento delle aziende e del commercio, riducendo i costi da un lato e raggiungendo il massimo risultato possibile dall'altro. Tra tali strumenti anche la tecnologia *blockchain* è entrata attivamente per agevolare e semplificare il commercio internazionale<sup>1</sup>. Nel 2014 l'Organizzazione Mondiale del Commercio (WTO) ha approvato il nuovo Accordo sulla facilitazione degli scambi (*Trade Facilitation Agreement*, TFA) con scopo principale di semplificare ed accelerare la circolazione transfrontaliera delle merci, i pagamenti elettronici, la documentazione e la trasparenza con misure destinate a portare ad una riduzione globale dei costi del commercio internazionale<sup>2</sup>.

La tecnologia *blockchain* è un meccanismo di banca dati, una sorta di sistema contabile digitale che permette la condivisione trasparente dei flussi di informazioni all'interno di una azienda<sup>3</sup> in quanto tiene memoria di dati e di tutte le transazioni che sono avvenute simultaneamente in località differenti senza aver bisogno di un controllo centralizzato per la loro validazione e amministrazione. La medesima, si sta sviluppando in un meccanismo importante per il commercio e

1. A. TETTENBORN, *Shipping and distributed ledgers: of paper, code and progress*, in B. SOYER B. and A. TETTENBORN A. (eds) *Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping* (1st edn Informa 2022) 3. Si veda anche, J. CLARK and D. OWENS, *The role AI and machine learning will play in maritime and trade law* in B. SOYER and A. TETTENBORN (eds) *Disruptive Technologies, Climate Change and Shipping* (1st edn Informa 2022) 85.; S. YOO, *Blockchain based financial case analysis and its implications*, in *Asia Pacific Journal of Innovation and Entrepreneurship*, vol. 11(3), 2017, p. 312.
2. A. BASU BAL, *THE GENERATIVE CARRIAGE OF GOODS*, IN *JOURNAL OF INTERNATIONAL MARITIME LAW*, VOL. 29 (2), 2023, P. 92–118; V. M. KHAN, J. LEE, *Blockchain and energy commodity markets: legal issues and impact on sustainability*, in *Journal of World Energy Law and Business*, December 19, 2021, available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3989032> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3989032>; E. CANNE, *Can Blockchain Revolutionize International Trade?*, WTO, Ginevra, 2018, viii.
3. R. PHILIPP, G. PRAUSE, L. GERLITZ, *Blockchain and smart contract for entrepreneurial collaboration in maritime supply chains*, in *Transports and Telecommunication*, 20 (4), 2019, p. 365–378; B. BEHDANI, B. WIEGMANS, V. ROSO, H. HARALAMBIDIS, *Port-hinterland transport and logistics: emerging trends and frontier research*, in *Maritime Economics & Logistics*, 22, 2020, p. 1.

soprattutto per le attività doganali e per il controllo dell'entrata e dell'uscita delle merci dal territorio di uno Stato.

Trattasi di una tecnologia che può instaurare un collegamento diretto tra determinati utenti finali permette di memorizzare la cronistoria di tutti gli eventi registrati fin dalla sua creazione. La caratteristica che la contraddistingue è l'inalterabilità dei dati inseriti ed archiviati nel registro (ledger) della blockchain salvo che non subentri il consenso di tutta la rete di soggetti aderenti, cosa quasi completamente impossibile, in quanto ogni nuova transazione rimane inscindibile da quelle che l'hanno preceduta. Questo elemento distintivo della tecnologia garantisce, infatti, che la transazione sia permanente, ordinata cronologicamente consentendo solamente l'aggiunta di nuovi dati.

La tecnologia blockchain<sup>4</sup> è la più diffusa e conosciuta delle tecnologie DLT (*Distributed Ledger Technology*) ed ha acquisito validità giuridica nell'ordinamento italiano con l'articolo 8 *ter* della legge n. 12/2019<sup>5</sup> che nel primo comma riconosce e colloca la tecnologia blockchain<sup>6</sup> tra le *tecnologie basate su registri distribuiti* e attribuisce valore legale ai documenti notarizzati su blockchain con la stessa autonomia probatoria di un contratto notarile tradizionale. Ai sensi della disposizione dell'articolo 8 *ter* comma 3, la memorizzazione di un documento informatico attraverso l'uso di tecnologie basate su registri distribuiti produce gli effetti giuridici della validazione temporale elettronica riconosciuta in tutti gli Stati Membri con la stessa efficacia ai sensi dell'articolo 41 del Regolamento UE n. 910/2014 CD eIDAS<sup>7</sup>.

Nel settore dei trasporti il Parlamento Europeo nella risoluzione sulle *tecnologie di registro distribuito e blockchain*<sup>8</sup> del 13 dicembre 2018, sottolinea il potenziale di queste tecnologie per la

4. Sulla tecnologia *blockchain* cfr., A. GHIANI, *Blockchain: linee guida. Dai casi pratici alla regolamentazione*, Torino, 2022, p. 10 ss.; AA.VV. (a cura di S. Capaccioli), *Cripto attività, criptovalute e bitcoin*, Milano, 2021, p. 61 ss.; P. MAUME, M. FOMBERGER, *Regulation of Initial Coin Offerings: Reconciling US and EU Securities Law*, in *Chicago Journal of International Law*, 2019, p. 548 ss.

5. Legge 11 febbraio 2019 n. 12, *Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 14 dicembre 2018, n. 135, recante disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione* (GU n.36 del 12 febbraio 2019).

6. Si veda G. RINALDI, *Smart contracts: meccanizzazione del contratto nel paradigma della blockchain*, in G. ALPA (a cura di), *Diritto e Intelligenza artificiale*, Roma, 2020, p. 365 ss.; S. RIGAZIO, *Smart contracts e tecnologie basate su registri distribuiti nella L. 12/2019* in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica* (II), fasc. 2, 1 aprile 2021, p. 369.

7. Cfr., *The National Law Review*, 29 aprile 2019 (<https://www.natlawreview.com/article/italy-s-legal-recognition-blockchain-based-timestamping>) ove la legge 12/2019, su un piano internazionale, è stata interpretata come uno dei primi tentativi di regolamentare il sistema *blockchain*; 'Italy recognizes blockchain and Smart Contracts' in <http://www.lancepartners.com/italy-recognizes-blockchain-and-smart-contracts/> 'The 'Law' came into force on 13 February 2019 and cemented the legal enforceability of electronic timestamping performed through blockchain technologies'.

8. Cfr. *Risoluzione del Parlamento europeo sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione* (2017/2772(RSP)), P8\_TA(2018)0373, 3 ottobre 2018; e la successiva *Risoluzione del Parlamento europeo del 13 dicembre 2018 sulla blockchain: una politica commerciale lungimirante* (2018/2085(INI)), P8\_TA(2018)0528, 13 dicembre 2018.

mobilità e la logistica, comprese l'immatricolazione e la gestione dei veicoli, la verifica delle distanze di guida, le soluzioni assicurative *smart* e la ricarica dei veicoli elettrici. Tali tecnologie vengono promosse dalla politica europea anche con riguardo alle catene di approvvigionamento facilitando la spedizione e il monitoraggio dell'origine delle merci e migliorando la trasparenza, la visibilità e il controllo della conformità.

Nella medesima risoluzione viene, altresì, affermato che gli attacchi informatici abbiano un impatto minore su tali catene, in quanto devono prendere a bersaglio un vasto numero di copie anziché una versione centralizzata. Si richiede, dunque, a livello nazionale, l'attuazione di un quadro favorevole all'innovazione che consenta e incoraggi la certezza del diritto e rispetti il principio della neutralità tecnologica per quanto concerne le tecnologie di registro distribuito e *blockchain*. Recentemente è stato introdotto dal legislatore comunitario il Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio n. 2022/858 del 30 maggio 2022<sup>9</sup>, il c.d. Regolamento *DLT Pilot regime*, direttamente applicabile negli Stati membri della UE a partire dal 23 marzo 2023, relativo ad un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito e *blockchain* al fine di regolare gli operatori di piattaforme e di promuovere lo sviluppo di tecnologie basate su registri distribuiti.

Tra gli obiettivi principali garantiti dal Regolamento vengono riscontrati la trasparenza e la sicurezza delle operazioni di utilizzo della tecnologia a registro distribuito e *blockchain* nonché la stabilità del mercato finanziario. Infatti, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 4, *“Tali dispositivi assicurano la continuità e la costante trasparenza, disponibilità, affidabilità e sicurezza dei loro servizi e delle loro attività, compresa l'affidabilità degli smart contract utilizzati nell'infrastruttura di mercato DLT. Tali dispositivi garantiscono inoltre l'integrità, la sicurezza e la riservatezza di tutti i dati memorizzati dai gestori in questione, nonché che tali dati siano disponibili e accessibili”*.

La risposta del legislatore italiano al Regolamento 2022/858 è arrivata con il d.l. 17 marzo 2023 n. 25<sup>10</sup> (Decreto FinTech), recante *Disposizioni urgenti in materia di emissioni e circolazione di determinati strumenti finanziari in forma digitale e di semplificazione della sperimentazione FinTech*,

9. Regolamento (UE) 2022/858 del Parlamento europeo e del Consiglio del 30 maggio 2022 relativo a un regime pilota per le infrastrutture di mercato basate sulla tecnologia a registro distribuito e che modifica i regolamenti (UE) n. 600/2014 e (UE) n. 909/2014 e la direttiva 2014/65/UE.

10. Decreto-Legge 17 marzo 2023 n. 25, Disposizioni urgenti in materia di emissioni e circolazione di determinati strumenti finanziari in forma digitale e di semplificazione della sperimentazione FinTech, con entrata in vigore del provvedimento 18 marzo 2023; Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 10 maggio 2023, n. 52 (in G.U. 15 maggio 2023 n. 112). Cfr. G. M. RUOTOLO, *Non-Fungible Tokens e Diritto Internazionale*, in *Rivista di Diritto Internazionale*, fasc.2, 1 giugno 2024, p. 392.; I. CAPELLI, *La struttura finanziaria delle imprese e gli strumenti finanziari digitali. Prime considerazioni tra decentralizzazione e regolazione nel contesto del DLT Pilot Regime e del Decreto FinTech*, in *Diritto dell'Informazione e dell'Informatica*, fasc.4, 1 agosto 2023, p. 645, ove ricorda che con l'articolo 8-ter del d.l. 14 dicembre 2018 n. 135, convertito in L. 11 febbraio 2019 n. 12, è stata introdotta la prima definizione di “tecnologie basate sui registri distribuiti”, tra le quali appunto rientra la *blockchain*.

che nel combinato disposto degli artt. 31 ricomprende ora nella nozione di strumento finanziario “gli strumenti emessi mediante tecnologia a registro distribuito” (art. 31, che modifica l’art. 1, comma 2, T.U.F.)<sup>11</sup>.

## 2. La semplificazione delle procedure nella logistica portuale

Il punto cardine di utilizzo della tecnologia blockchain rimane la trasparenza e la tracciabilità in quanto rende agevole l’aggiornamento delle informazioni in tempo reale. Con essa si possono instaurare collegamenti diretti tra determinati utenti finali mentre i molteplici componenti della catena di approvvigionamento possono tracciare il percorso delle spedizioni delle merci e i pagamenti contribuendo, così, all’aumento dell’efficienza delle operazioni, alla riduzione degli errori, e al risparmio di tempo con i minori costi possibili grazie anche all’esclusione degli intermediari dalle operazioni.

La tecnologia blockchain si presenta essenziale nella realizzazione di porti intelligenti dal momento che fornisce tutte le informazioni sulle operazioni alle parti della transazione portando alla smaterializzazione e la digitalizzazione delle aziende ed organizzazioni coinvolte e ponendo fine in tal modo ad una delle maggiori inefficienze che caratterizza i porti grandi. Due porti che si stanno mostrando ad essere il paradigma di porti intelligenti è il porto di Anversa in Belgio e il porto di Rotterdam in Paesi Bassi. Prendendo in considerazione questi due porti si può affermare che il raggiungimento dell’obiettivo di porto intelligente risiede nella semplificazione e digitalizzazione del sistema logistico, nelle infrastrutture portuali nonché nella creazione di un centro di energia intelligente che mira a promuovere la tecnologia verde.

Sul punto si deve puntualizzare che la documentazione richiesta nelle varie attività logistiche nei porti vede coinvolti molteplici soggetti, tra cui operatori terminali, funzionali doganali, autorità portuali e autotrasportatori per menzionare i più importanti. Le varie operazioni, inoltre, comprendono un cospicuo flusso di documenti cartacei tra polizze di carico, dichiarazioni doganali, informazioni sulle merci trasportate nonché numerosi altri documenti attinenti alle attività di spedizione con il rischio di falsificazione, trasmissione di informazioni viziate o scorrette con possibili ritardi nel trasferimento da un luogo ad un altro delle informazioni e della documentazione stessa. A questa realtà, l’impiego della tecnologia blockchain si traduce nella trasmissione digitale di tali informazioni aumentando la capacità e il funzionamento delle operazioni logistiche nei porti. Oltre a ciò, assicura la tracciabilità del flusso dei documenti in tempo reale con garanzie in termini di trasparenza delle operazioni e di sicurezza contro il rischio di frode, aumentando così la fiducia tra le parti coinvolte.

11. Cfr. M. IPPOLITO, *La disintermediazione dei processi nella pubblica amministrazione: l’impatto della tecnologia blockchain*, in *ambienteditto.it*, n. 2, 2021, p. 6.; I. FRANCUZZI, *Trasparenza, blockchain e gestione dei rifiuti*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.1, 1 marzo 2024, p. 273.



In relazione alle catene di approvvigionamento, la Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain<sup>12</sup> ha sottolineato la importanza di tali tecnologie in quanto tali tecnologie possono migliorare le catene di approvvigionamento<sup>13</sup> riducendo l'entrata di merci illegali e migliorando l'efficacia dei controlli delle contraffazioni effettuati dai funzionari doganali.

La politica dell'Unione Europea con gli ultimi interventi legislativi sostiene il rafforzamento della capacità logistica dei porti con la realizzazione di interventi infrastrutturali su aree produttive e snodi logistici e commerciali<sup>14</sup> al fine di raggiungere i suoi obiettivi di transizione verde che è orientata alla ricerca di sostenibilità per quanto riguarda le varie attività logistiche e di movimentazione delle merci, oltre che alla produzione diretta di energia rinnovabile. Preme, inoltre, su una serie di attività di pianificazione, progettazione e realizzazione di interventi infrastrutturali tra cui l'obbligo di utilizzo per le navi e portacointainer di impianti per la fornitura di elettricità da terra, nei principali porti europei dotati dei servizi<sup>15</sup>, di fornitura di *Onshore Power* (OPS) ("elettrificazione delle banchine") noti anche come "*cold ironing*", a partire dal 2030 in modo di ridurre l'impatto derivante dall'alimentazione delle navi in porto.

Oltre ai Regolamenti *FuelEU Maritime*<sup>16</sup> e AFIR (Regolamento UE 2023/1804)<sup>17</sup>, che dispongono norme sugli obblighi di fornitura di "elettrificazione delle banchine", anche il decreto-legge n. 59

12. Risoluzione del Parlamento europeo del 3 ottobre 2018 sulle tecnologie di registro distribuito e blockchain: creare fiducia attraverso la disintermediazione (2017/2772(RSP)).

13. Per quanto concerne le catene di approvvigionamento e la logistica portuale si possono menzionare una serie di progetti che utilizzano la tecnologia blockchain. Il più significativo è stato lanciato dalla società danese Maersk che dalla collaborazione con IBM è nata TradeLens Blockchain Shipping Solution che raccoglie l'adesione di numerose autorità portuali, spedizionieri, nonché operatori cargo e società di logistica per aumentare l'efficienza nella gestione delle informazioni e aumentare il controllo delle merci grazie alla blockchain (www.Tradelens.com). Si vedano sul tema P. TODD, *Electronic bills of lading, blockchains and smart contracts*, in *International Journal of Law and Information Technology*, Vol. 27 (4), 2019, p. 339-371; T. KREBBS, *Electronic bills of lading, transnational and English law: blocking the blockchain?* in *Uniform Law Review*, Vol. 28 (3-4), 2023, p. 323-338.

14. Cfr., G. BEFANI, *L'ordinamento amministrativo - funzionale dei porti versati tra congestione di competenze, efficientamento energetico e transizione ecologica*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, fasc.5, 1 ottobre 2022, p. 425. Si vedano anche F. MUNARI, *L'impatto dell'Unione Europea sul regime dei porti in I quaderni di SIPoTra: Quale riforma per la portualità Italiana 1/2024*, p. 50 ss.; S. ZUNARELLI, *Le prospettive della governance dei porti, in I quaderni di SIPoTra 1/2024 - Quale riforma per la portualità Italiana*, p. 69 ss.

15. *Supplemento ordinario n. 36 alla Gazzetta Ufficiale Serie generale* - n. 248, 23 ottobre 2023, p. 84 ss.

16. Regolamento (UE) 2023/1805 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023 sull'uso di combustibili rinnovabili e a basse emissioni di carbonio nel trasporto marittimo, e che modifica la direttiva 2009/16/CE (Testo rilevante ai fini del SEE), PE/26/2023/INIT, GU L 234 del 22 settembre 2023, p. 48-100.

17. Regolamento (UE) 2023/1804 del Parlamento europeo e del Consiglio del 13 settembre 2023 sulla realizzazione di un'infrastruttura per i combustibili alternativi, e che abroga la direttiva 2014/94/UE PE/25/2023/INIT, GU L 234 del 22 settembre 2023, p. 1-47.



del 2021<sup>18</sup>, relativo al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza (PNRR), prevede risorse destinate al settore portuale e precisamente allo sviluppo dell'accessibilità marittima e della resilienza delle infrastrutture portuali ai cambiamenti climatici, e all'aumento della capacità portuale, con particolare rilievo alla promozione dell'elettificazione delle banchine (*cold ironing*) per la realizzazione di una rete per la fornitura di elettricità in dieci porti e la relativa connessione infrastrutturale alla rete di trasmissione nazionale<sup>19</sup>. Gli operatori del settore dovranno collegarsi alle infrastrutture elettriche terrestri quando le navi sono ormeggiate nei porti, per alimentare i servizi, i sistemi e le attrezzature a bordo in modo di conseguire gli obiettivi del *Green Deal* europeo della riduzione delle emissioni di gas a effetto serra o addirittura azzeramento qualora il sistema sia totalmente alimentato da fonti rinnovabili nonché della riduzione dell'impatto acustico e delle vibrazioni generate dai motori attivi su navi ormeggiate in banchina<sup>20</sup>.

### 3. La digitalizzazione dei documenti dei trasporti: La *blockchain bill of lading*

I primi tentativi di digitalizzazione dei documenti di trasporto, in particolare, delle polizze di carico risalgono al 1999 con la creazione del sistema BOLERO, da una iniziativa privata, ai fini di riprodurre tutte le funzioni fondamentali della polizza di carico cartacea superando nello stesso tempo le problematiche di natura contrattuale connesse ad essa quali ad esempio, il trasferimento elettronico dei diritti sulla merce, nonché la eventuale responsabilità del vettore, sull'insufficienza dei sistemi informatici (IT) di sua competenza che andrebbe inevitabilmente a privilegiare gli interessi del carico<sup>21</sup>.

L'iniziativa è stata presa allo scopo di creare una *joint venture* che vedeva coinvolti molteplici operatori dell'economia sia del settore di trasporto che quello bancario dando luce alla creazione di BOLERO – *Bills of Lading Electronic Registry Organisation*<sup>22</sup>. Il BOLERO ha messo in atto una soluzione contrattuale per superare le inadeguatezze contrattuali riscontrate nel sistema delle

18. Decreto-Legge 6 maggio 2021 n. 59, *Misure urgenti relative al Fondo complementare al Piano nazionale di ripresa e resilienza e altre misure urgenti per gli investimenti* (GU n.108 del 7 maggio 2021), convertito con modificazioni dalla legge 1 luglio 2021 n. 101 (GU n. 160 del 6 luglio 2021).

19. Fondo Complementare PNRR (D.L. 6 maggio 2021 n. 59). Il 17 giugno 2024 la Commissione europea ha dato il via libera ai 570 milioni di euro di incentivi italiani per l'elettificazione delle banchine (cd. "cold ironing") per agevolare le navi a usare l'elettricità del porto. Le tempistiche approvate prevedono la notifica dell'aggiudicazione dei contratti di costruzione di almeno 15 interventi di cold ironing in almeno 10 porti entro il 31 dicembre 2024 e l'entrata in funzione degli stessi entro il 2026 (cfr. <https://www.italiadomani.gov.it/content/sogei-ng/it/it/Interventi/investimenti/elettificazione-delle-banchine-portuali-per-la-riduzione-delle-.html>).

20. Gli esempi di successo a livello internazionale si registrano in Gothenburg in Svezia, Rotterdam nei Paesi Bassi, in Los Angeles e in Vancouver.

21. P. TODD, *Electronic bills of lading*, cit., p. 339-371; T. KREBBS, *Electronic bills*, cit., p. 323-338.

22. Si veda N. GASKELL, R. ASARIOTIS, Y. BAATZ, *Bills of Lading – Law and Contracts*, London, 2000, paragrafi 1.51-1.62. Il Sistema è tuttora operativo: <http://www.bolero.net>. Il testo integrale del *Bolero Rulebook* è disponibile su <http://www.bolero.net/wp-content/uploads/2020/04/Bolero-Insights-The-Bolero-Rulebook-NW.pdf>.

Regole CMI, le quali trovavano applicazione solamente ai contraenti di una vendita internazionale su base volontaria. Le Regole CMI sono delle linee guida sulla polizza di carico elettronica, predisposte dalla CMI (Comitè Maritime International) nel 1990, con l'obiettivo di dematerializzare i documenti e facilitare l'utilizzo della polizza di carico elettronica.

Il BOLERO, infatti, nel tentativo di superare le limitazioni delle Regole CMI predisponendo un sistema che richiedeva ai suoi membri (caricatori, vettori, banche e altri soggetti interessati) di sottoscrivere un contratto di adesione cosiddetto '*Rulebook*' in cui venivano espressamente incorporate le disposizioni delle Regole dell'Aja-Visby<sup>23</sup> e con il quale le parti contrattuali, per mezzo della sottoscrizione, accettavano i suoi termini e condizioni vincolanti<sup>24</sup>. Così nel caso di conflitto di norme tra la normativa uniforme dettata da Convenzioni Internazionali e le previsioni contenute nel contratto di trasporto legato alla polizza di carico emessa attraverso il sistema BOLERO, prevaleva la disciplina uniforme.

La BOLERO *Rulebook* riconosce espressamente la polizza di carico elettronica come ricevuta di presa in carico della merce, come documentazione del contratto di trasporto nonché come titolo (di credito, e quindi) di legittimazione per la (ri)consegna della merce<sup>25</sup> che fa della polizza di carico un titolo negoziabile, in modo che il trasferimento del documento comporta il trasferimento della merce. Per quanto concerne il titolo di legittimazione, BOLERO *Rulebook* prevede che la trasferibilità dei diritti sulla merce avviene a mezzo di novazione<sup>26</sup> mentre il vettore dà riconoscimento del trasferimento mediante cessione dei diritti (*attornment*).

In tal modo, laddove la polizza di carico elettronica venga trasferita, è previsto che il primo contratto di trasporto tra il vettore e il caricatore, per il quale la polizza di carico è stata emessa, viene estinto e sostituito da un nuovo contratto tra lo stesso soggetto in qualità di vettore e il destinatario delle merci<sup>27</sup>. Il vettore ha l'obbligo di riconoscere che, a partire dal quel momento i beni descritti nella polizza di carico elettronica sono di titolarità dei soggetti diversi ivi indicati.

Nonostante quanto sia stato previsto ed ottenuto dal sistema BOLERO per affrontare la questione sul trasferimento dei diritti sulla merce ci sono state delle limitazioni che non hanno permesso nel sistema di avere nella pratica commerciale il successo per il quale è stato ideato. La più importante è la sua caratteristica di essere un sistema chiuso che richiede ai soggetti partecipanti di aderire tramite il pagamento di una quota di adesione. Anche se viene concessa la possibilità

23. In tema di polizza di carico vertono le norme della Convenzione di Bruxelles del 1924, così come modificata dai Protocolli del 1968 e del 1979 ("*Hague-Visby Rules*") e le *Hamburg Rules* del 1978.

24. La rule 3.2. del Bolero Rulebook: "*each user agrees that such incorporation shall be effective to make such terms and conditions binding upon the parties to the contract of carriage*". C. ROSELLO, *La polizza di carico elettronica e il sistema "Bolero"*, in *Contratto e impresa*, 2018, p. 24 ss.

25. Bolero Rulebook arts 3.1(1), 3.6(1).

26. Bolero Rulebook art. 3.5.

27. Cfr., R. CAPLEHORN, *The Bolero System*, in C. REED, I. WALDEN, L. EDGAR (edited by), *Cross-Border Electronic Banking: Challenges and Opportunities*, London, 2014, cap. 4; Id., *Bolero.net. The Global Electronic Commerce Solution for International Trade*, in *14 Butterworths Journal of International Banking and Financial Law*, 1999, p. 421 ss.

a chi non abbia aderito al sistema di usufruirne (c.d. *switch to paper*) con l'emissione della polizza di carico cartacea, eludendo in tal modo al sistema chiuso, questo modo di agire non aiuta certo di accedere ai vantaggi per i quali è stata predisposta la polizza di carico elettronica BOLERO. Si può desumere allora, che seppure il sistema BOLERO è ancora operativo<sup>28</sup> da oltre vent'anni contribuendo, in un certo senso, alla creazione del suo antagonista ICE Digital Trade (IDT), noto come essDocs<sup>29</sup>, non ha, tuttavia, riscosso il successo di cui ci si aspettava nell'ambito di commercio internazionale.

### 3.1. Brevi cenni sulla normativa applicabile

La normativa uniforme applicabile in materia di polizza di carico è la Convenzione di Bruxelles del 1924, così come modificata dai protocolli del 1968 e del 1979 ("*Hague-Visby Rules*") e le *Hamburg Rules* del 1978 la quale però si è mostrata, con il passare del tempo e l'avvenuta modernizzazione del trasporto marittimo, insufficiente ad accogliere in pieno le esigenze del presente, per quanto concerne la polizza di carico cartacea, non permettendo un trasferimento rapido dei diritti sulla merce.

Anche se le Regole di Amburgo del 1978<sup>30</sup> sul trasporto di merce per mare sono state in seguito adottate per risolvere le problematiche riscontrate dalla Convenzione di Bruxelles del 1924, si sono occupate soprattutto della funzione fondamentale della polizza di carico come ricevuta di presa in carico della merce e non come documentazione del contratto di trasporto<sup>31</sup>. E nonostante le Regole di Amburgo del 1978 prevedono che la firma sulla polizza di carico, emessa dal vettore, può risultare da "*qualsiasi procedimento meccanico o elettronico, se non in contrasto con la legge del paese in cui la polizza di carico è rilasciato*",<sup>32</sup> ciò non equipara le funzioni della polizza di carico elettronica alle funzioni di quella cartacea.

Successivamente, in seguito ad un'iniziativa della Commissione delle Nazioni Unite sul diritto del commercio internazionale (UNCITRAL) sono stati redatti due strumenti internazionali al fine di sviluppare un quadro giuridico solido per raggiungere la equivalenza funzionale della polizza di carico elettronica a quella cartacea e precisamente le Regole di Rotterdam e la *Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR)*. Ciononostante, entrambi gli strumenti non hanno efficacia

28. Cfr., N. GASKELL, R. ASARIOTIS, Y. BAATZ, *Bills of Lading*, cit., paragrafi 1.51-1.62.

29. Si veda in proposito <https://www.essdocs.com/>.

30. United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (The Hamburg Rules, Hamburg, 30 March 1978). Cfr., Art. 14(3) of the Hamburg Rules.

31. Cfr. R. AIKENS, R. LORD, M. BOOLS, *Bills of Lading*, New York, 2016, p. 19 ss.; J. WILSON, *Carriage of Goods by Sea*, Harlow, 2010, p. 122, 134, 137; N. GASKELL, R. ASARIOTIS, Y. BAATS, *Bills of Lading*, cit., p. 3 ss.; K. BURDEN, *EDI and Bills of Lading*, cit., p. 269; A. D'OVIDIO, G. PESCATORE E L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2022, p. 613 ss.

32. Art. 14(3) delle Regole di Amburgo [United Nations Convention on the Carriage of Goods by Sea (The Hamburg Rules, Hamburg, 30 March 1978)].

vincolante, in quanto le Regole di Rotterdam non hanno ancora raccolto il numero sufficiente di ratifiche per la loro entrata in vigore e la Model Law (MLETR) è meramente una legge Modello senza forza legale a meno che non venga incorporata nella normativa nazionale.

Si deve precisare che la Convenzione delle Nazioni Unite sui contratti per il trasporto internazionale di merci interamente o parzialmente per mare del 2009<sup>33</sup>, comunemente nota come Regole di Rotterdam, seguendo la stessa linea di quanto dettato dalle Regole di Amburgo e dalla Convenzione sulla vendita internazionale di beni<sup>34</sup> [CISG], delineano il loro campo di applicazione senza lasciare la questione alla eventuale normativa nazionale di attuazione come accadeva invece nell'ambito delle Regole de l'Aja. Come si evince dall'art. 6, l'applicabilità delle Regole di Rotterdam non dipende tanto dall'emissione o meno della polizza di carico ma da quanto si tratti di trasporto di linea o non di linea. Infatti, i redattori della Convenzione sui contratti per il trasporto internazionale di merci interamente o parzialmente per mare del 2009 hanno tracciato una linea di distinzione tra i due tipi di trasporto stabilendo come regola generale che le Regole di Rotterdam si applicano al trasporto di linea mentre non si applicano al trasporto diverso da quello di linea.

Si evidenzia, inoltre, che le Regole di Rotterdam dedicano un'intero capitolo su *electronic transport records* e sono le prime a disciplinare i documenti elettronici di trasporto con l'utilizzo di documentazione elettronica in sostituzione di quella cartacea, e a disporre che a loro si applicano le procedure in tema di emissione e di trasferimento dei titoli nonché di prova di legittimazione del titolare e di consegna del titolo all'avente diritto<sup>35</sup>. In particolare, l'art. 8 sull'uso ed effetto delle registrazioni elettroniche di trasporto equipara nella lettera (b) l'emissione, il controllo esclusivo, o il trasferimento di una registrazione elettronica di trasporto all'emissione, il possesso o il trasferimento di un documento di trasporto<sup>36</sup>.

33. United Nations Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea (New York, 11 December 2008) open for signature at Rotterdam.

34. United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (CISG) (Vienna, 1980).

35. F. BERLINGIERI, S. ZUNARELLI, *Analisi Comparata delle Regole dell'Aja Visby e delle Regole di Rotterdam*, testo della relazione al Convegno tenutosi a Genova il 19-20 ottobre 2009 Genova, in *Dalle Regole dell'Aja Visby alle Regole di Rotterdam, effetti del cambiamento sul commercio Marittimo*. Si vedano inoltre sul tema F. BERLINGIERI, S. ZUNARELLI, C. ALVISI, *La nuova Convenzione UNCITRAL sul trasporto Internazionale di merci "wholly or partly by sea" (Regole di Rotterdam)*, in *Dir. mar.*, 2008, p. 1161-1265.; Y. BAATZ, C. DEBATTISTA, F. LORENZON et al., *The Rotterdam Rules: A practical Annotation*, London, 2009; R. THOMAS (Editor), *A New Convention for the Carriage of Goods by Sea – The Rotterdam Rules*, London, 2009; G. von ZIEGLER, J. SCHELIN, S. ZUNARELLI (edited by), *The Rotterdam Rules 2008*, Alphen aan den Rijn, 2010; F. STURLEY, T. FUJITA, G. van der ZIEL, *The Rotterdam Rules – The UN Convention on Contracts for the International Carriage of Goods Wholly or Partly by Sea 2020*.

36. Art. 9(1)(c). Il criterio dell'art. 9(1)(a), stabilisce, infatti, che si tratti di un metodo di emissione e trasferimento di tale registrazione al previsto portatore. Il terzo criterio dell'art. 9(1)(b), tenta di affrontare eventuali problemi di frode quanto chiede che la registrazione elettronica di trasporto conservi la sua integrità.

Venendo all'aspetto più rilevante, che la registrazione elettronica di trasporto debba assumere, per rispettare il principio della equivalenza funzionale rispetto a quella cartacea, troviamo la prova che il portatore deve fornire di questa sua qualità.

Autorevole dottrina<sup>37</sup> ha sostenuto che la tecnologia blockchain sia un modello di sviluppo, attento all'ambiente e in continuo miglioramento, che costituisca un valido e sicuro modo di procedere negli anni avvenire. Nello stesso tempo, però, la medesima ha sottoposto ad esame critico l'operatività di sistemi come quello BOLERO in quanto li ha ritenuti di non essere una alternativa valida alla polizza di carico cartacea dal punto di vista giuridico per il fatto che assomigliano di più ad un sistema di controllo sul trasferimento dei diritti.

Nel 2017, l'UNCITRAL (Commissione delle Nazioni Unite per il diritto commerciale internazionale) partendo dalle Regole di Rotterdam e dalla loro definizione di record elettronici trasferibili, ha elaborato la *Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR)* per promuovere i principi di neutralità tecnologica ed equivalenza funzionale, cercando di stabilire le condizioni essenziali affinché i "record elettronici" possano qualificarsi come documenti trasferibili e funzionalmente equivalenti ai documenti cartacei. Rispetto alle Regole di Rotterdam la Model Law è molto più pretenziosa in quanto, referendosi ai record elettronici, può trovare applicazione ad altri strumenti finanziari come ad esempio ai promissory note (cambiale Pagherò) e ai bill of exchange (Tratta)<sup>38</sup> quali mezzi di pagamento utilizzati per la cambializzazione di un credito con pagamento differito rispetto alla consegna.

Nello stesso tempo la Model Law è più moderata rispetto alle Regole di Rotterdam trattasi, in effetti, di una Legge Modello, fonte internazionale sulla polizza di carico elettronica non vincolante, che costituisce corpo normativo al quale si auspica che i legislatori nazionali si ispirino e possono utilizzare in assoluta libertà nel regolare la materia per quanto riguarda le regole di dettaglio. Tuttavia, l'UNCITRAL Model Law nell'art. 3 adopera una locuzione che solitamente viene inserita nelle Convenzioni Internazionali al fine di promuovere l'uniformità della loro applicazione. Essa dispone che le regole ad essa inserite sono di impronta internazionale e come tali devono essere prese in disamina al momento della loro interpretazione<sup>39</sup>. L'inserimento di tale locuzione viene motivato dal fatto che i documenti che la Model Law tenta a dematerializzare vengono per la maggior parte utilizzati nel commercio internazionale e l'adoperarsi di espressioni diverse nelle varie leggi applicabili potrebbe creare dei problemi interpretativi.

37. F. STURLEY, T. FUJITA, G. van der ZIEL, *The Rotterdam Rules*, cit.

38. Al fine di escludere eventuali conflitti con la Convenzione di Ginevra del 1930 che stabilisce una legge uniforme sulla cambiale e sul vaglia cambiario (Geneva, 1930) nonché con la Convenzione del 1931 per risolvere certi conflitti di leggi in materia di assegni bancari (chèques) (Geneva, 1931) (the 'Geneva Conventions'), le legislazioni nazionali potrebbero escludere l'applicabilità secondo quanto previsto dall'art. 1(3).

39. UNCITRAL *Model Law on Electronic Transferable Records*, United Nations, New York, 2018, Article 3, Interpretation 1. *This Law is derived from a model law of international origin. In the interpretation of this Law, regard is to be had to the international origin and to the need to promote uniformity in its application* ([https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/mletr\\_ebook\\_e.pdf](https://uncitral.un.org/sites/uncitral.un.org/files/mediadocuments/uncitral/en/mletr_ebook_e.pdf)).



Similmente alle Regole di Rotterdam, la *Model Law on Electronic Transferable Records (MLETR)*, rispetta il principio di neutralità tecnologica come si evince dall'art. 10<sup>40</sup> il quale non fa riferimento esplicito a nessuna categoria di “record elettronici trasferibili” nel tentativo di non favorire né ostacolare l'adozione di una particolare tecnologia rispetto all'altra. La *Model Law* stabilisce, altresì, una serie di regole alternative per i requisiti esistenti relativi alla memorizzazione delle informazioni come ad esempio, a fini contabili o fiscali, che possono costituire ostacoli allo sviluppo del commercio. Diversamente, invece, da quanto viene disposto dalle Regole di Rotterdam, la Legge Modello non rinvia alle procedure menzionate nel titolo ma nell'art. 12 elenca una serie di ipotesi nelle quali l'attendibilità di uno strumento elettronico possa essere certificata<sup>41</sup>.

Attualmente, sono già operativi i sistemi che si basano su un unico *database* o registro distribuito (*Distributed ledger*)<sup>42</sup>. I più noti ed innovativi come ad esempio gli edoxOnline, CargoX, e Wave si servono della tecnologia *blockchain*, che grazie alle elevate garanzie in termini di sicurezza ed immutabilità che la contraddistingue, stanno assumendo un ruolo importante nel settore dello shipping e della logistica. Si deve, tuttavia, notare che i sistemi decentralizzati fanno affidamenti su meccanismi giuridici differenti per quanto riguarda la questione di trasferimento dei diritti sulla merce. Ad esempio, CargoX ed edoxOnline adottano la novazione e il trasferimento mediante cessione dei diritti (*attornment*) mentre Wave riproduce quanto dettato dal *Carriage of Goods by Sea Act 1992* sul trasferimento dei diritti<sup>43</sup>. Queste divergenze a livello giuridico portano ad una frammentazione del contesto normativo sulla disciplina delle polizze di carico elettroniche.

Quello che distingue la tecnologia *blockchain* dagli altri sistemi è che il registro basato sulla tecnologia *blockchain* può essere modificato solamente da chi abbia in possesso la chiave privata

40. UNCITRAL *Model Law on Electronic Transferable Records*, Article 10: ‘Where the law requires a transferable document or instrument, that requirement is met by an electronic record if: a) The electronic record contains the information that would be required to be contained in a transferable document or instrument; and b) A reliable method is used: i) To identify that electronic record as the electronic transferable record; ii) To render that electronic record capable of being subject to control from its creation until it ceases to have any effect or validity; and iii) To retain the integrity of that electronic record’.

41. UNCITRAL *Model Law on Electronic Transferable Records*, Article 12: ‘For the purposes of articles 9, 10, 11, 13, 16, 17 and 18, the method referred to shall be: a) As reliable as appropriate for the fulfilment of the function for which the method is being used, in the light of all relevant circumstances, which may include: i) Any operational rules relevant to the assessment of reliability; ii) The assurance of data integrity; iii) The ability to prevent unauthorized access to and use of the system; iv) The security of hardware and software; v) The regularity and extent of audit by an independent body; vi) The existence of a declaration by a supervisory body, an accreditation body or a voluntary scheme regarding the reliability of the method; vii) Any applicable industry standard; or b) Proven in fact to have fulfilled the function by itself or together with further evidence’.

42. J. HERD, *Blocks of Lading’ Distributed Ledger Technology and the Disruption of Sea Carriage Regulation*, *QUT Law review*, Vol. 18, General issue 2, p. 315; D. TARSCOTT, T. ALEX, *Blockchain Revolution: How the Technology Behind Bitcoin and Other Cryptocurrencies Is Changing the World*, London, 2016, p. 241.

43. UK P&I, *Electronic Bills of Lading - An Update Part I* (2020).

oppure dal amministratore centrale attraverso un “protocollo del consenso” (*consensus mechanism*) che è un algoritmo decisionale.<sup>44</sup> I vantaggi maggiormente riconosciuti alla tecnologia blockchain nonché del registro distribuito (*Distributed ledger*) rispetto al tradizionale sistema di registrazione sono senza alcun dubbio la sicurezza, l’immutabilità e l’efficienza. La polizza di carico cartacea non si contraddistingue da elevate garanzie in termini di sicurezza in quanto un facsimile, ossia la riproduzione esatta di un originale di polizza di carico e come tale difficilmente distinguibile, potrebbe facilmente avvenire. Similmente, i rischi legati ad atti fraudolenti, ritardi o smarrimenti connessi alla spedizione dei documenti possono causare numerosi incidenti<sup>45</sup>.

Per quanto concerne il tradizionale sistema di registrazione il maggior difetto è che l’Amministratore centrale possa essere fatto oggetto di attacchi informatici a seguito di una violazione di sicurezza mentre, invece, nel sistema di registro distribuito (*Distributed ledger*) non sussiste il pericolo di attacchi simili<sup>46</sup>. Questo non significa che la polizza di carico che utilizza la tecnologia *blockchain* sia immune dai tentativi di frode<sup>47</sup> ma in questo caso il fattore umano sarà quello determinante e la sicurezza verrà dipesa da quanto sicura ed efficace sia la password creata dal portatore della polizza di carico elettronica tanto da non essere compromessa.

Da quanto sopra, si deduce che sia la polizza di carico elettronica che quella che utilizza la tecnologia *blockchain* hanno elevate garanzie in termini di sicurezza ed efficacia rispetto a quella cartacea. Tuttavia, per quanto concerne la polizza di carico che utilizza la tecnologia *blockchain* si sono sviluppati dei timori sotto due aspetti. Il primo attiene il problema reale della eventuale perdita della password con conseguente impossibilità di recupero che potrebbe portare ad una serie di problematiche concrete e tangibili connesse al carico di merci controllato dal registro.

Un ulteriore aspetto che crea delle perplessità riguarda l’importante consumo energetico impiegato a livello informatico che porta l’intero sistema di registro distribuito (*Distributed ledger*) tale da non essere qualificato come carbon-neutral. Questo perché più sicura è la rete, maggiore è la difficoltà di questo compito e quindi maggiore potenza dovrà avere il computer con alto consumo

44. H. LIU, *Blockchain and Bills of Lading: Legal Issues in Perspective*, in *WMU Studies in Maritime Affairs book series*, volume 8, 2020, p. 413-435; P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law*, parte 2, capitolo 4, 2018; G. FAGGIOLI, *Blockchain & Distributed Ledger: aspetti di governance, security e compliance*, report, pubblicato dal Clusit in collaborazione con Politecnico di Milano e Osservatori.net, 2019, pp. 8-58.

45. G. BAVASSANO, C. FERRARI, A. TEI, *Blockchain: How Shipping Industry is Dealing with the Ultimate Technological Leap*, in *Research Transp. Busin. Manag.*, 34, 2020, p. 1 ss.; S. TSIULIN, K. H. REINAU, O. P. HILMOLA, N. GORYAEV, A. KARAM, *Blockchain-Based Applications in Shipping and Port Management: A Literature Review towards Defining Key Conceptual Frameworks*, in *Rev. Int’l Business Strategy*, 2020, p. 201-224.

46. Cfr., P. DE FILIPPI, A. WRIGHT, *Blockchain and the Law*, cit.; G. FAGGIOLI, *Blockchain & Distributed Ledger*, cit., p. 8-58.; P. L. SANCHEZ-GONZALEZ, D. DIAZ-GUTIÉRREZ, T. J. LEO, L. R. NÚÑEZ-RIVAS, *Toward Digitalization of Maritime Transport?*, in *Sensors*, Vol. 19(4), 2019, p. 926.

47. Nel giugno 2016 è avvenuto l’incidente “The DAO” in cui la DAO (*Decentralized Autonomous Organization*) ha subito una perdita di circa 70 milioni di dollari. La falla non è stata causata direttamente dalla piattaforma *Ethereum* ma dalla specifica applicazione che è stata costruita sulla medesima *Blockchain*.



di energia e con importante impatto ambientale. In tal senso, viene sottolineata la necessità di soluzioni tecniche che prevedano un minor consumo di energia e siano quanto più possibile rispettose dell'ambiente.

Tuttavia, la fusione con il nome *Merge* di *Ethereum blockchain*, la piattaforma sulla quale operano gli *smart contracts*, avvenuta di recente, denota che sempre di più, sistemi ecosostenibili di registri distribuiti, sono realizzabili. Con la fusione vengono unite le due *blockchain* di *Ethereum*<sup>48</sup> mentre il *Proof-of-Stake* è il nuovo protocollo (algoritmo) di consenso che utilizza *Ethereum* dopo questa fusione con il quale la *blockchain* diventerà molto più ecosostenibile<sup>49</sup>.

Ultimamente sono stati adottati da legislazioni nazionali<sup>50</sup>, sull'impronta della Legge Modello redatta dall'UNCITRAL il 2017 inerente ai titoli di credito elettronici, strumenti normativi che mirano alla completa digitalizzazione del settore. Nel 2021 a Singapore è stato adottato l'*Electronic Transactions (Amendment) Act 2021*, mentre nel settembre del 2023 nel Regno Unito è entrato in vigore l'*Electronic Trade Document Act 2023 (ETDA)* che potrebbero aprire la strada verso nuovi scenari portando all'adozione di interventi normativi uniformi con norme vincolanti a livello internazionale.

48. Il testo integrale dell'Ethereum blockchain platform white paper è reperibile al seguente indirizzo: <https://ethereum.org/en/whitepaper/>. Il sito ufficiale dell'Ethereum è il seguente: <https://ethereum.org/en/>.

49. Diversi protocolli di consenso, tra i quali *Proof-of-Work*, *Proof-of-Stake*, *Proof-of-Authority* e *Proof-of-Elapsed-time*, hanno esigenze di consumo energetico diverse.

50. Gli Stati Uniti con il Uniform Commercial Code (UCC) 2003 è stato il primo paese a legiferare su EBLs. Di seguito Singapore con il Electronic Transactions (Amendment) Act 2021 ha adottato nella sua legislazione nazionale strumenti normativi sulle polizze di carico elettroniche mentre nel Regno Unito una nuova legge su 'Electronic Trade Documents Act' è entrata in vigore il 20 luglio del 2023 al fine di disciplinare gli EBLs. Secondo BIMCO, ad oggi il meno del 2% del commercio marittimo internazionale è basato su polizze di carico elettroniche. Sul punto, si veda BIMCO, *E-Bills of Lading*, <https://www.bimco.org/Ships-ports-and-voyage-planning/Maritimeditalisation/EBL> [Accessed 28 July 2023]; T. JIANG, *Regulating electronic bills of lading on a national level*, in *Journal of Business Law*, 7, 2023, p. 604-626.

## I poteri dell'Autorità di regolazione dei trasporti in materia di tariffe autostradali: problemi e prospettive per i nuovi modelli tariffari \*

Lucrezia Magli

Dottoranda di ricerca presso la Luiss Guido Carli

### Abstract

*Competence of the Italian Transport Regulation Authority in motorway tolls: issues and perspectives for new toll models.*

*The study analyses the position held by the Italian Transport Regulation Authority for the regulation of motorway tolls as amended by Decree-Law no. 109 of 28 September 2018, converted with amendments by Law no. 130 of 16 November 2018. The end of the so-called double standard for the motorway tolls has caused many debates on the possible violation of contractual conditions by the Italian State: the text retraces these controversies starting from the comments expressed by the motorway companies during the preliminary consultation on the definition of a new toll model and following the recent decisions of the Council of State. At the end, the paper looks at the innovations introduced by Law no. 193 of 16 December 2024, the Annual Law on the Market and Competition 2023, and at the procedure for updating the toll system for motorway concessions, started in May 2024.*

*Il contributo esamina la posizione ricoperta dall'Autorità di regolazione dei trasporti in materia di regolazione delle tariffe autostradali per come modificata dal d.l. 28 settembre 2018 n. 109, convertito con modificazioni dalla l. 16 novembre 2018 n. 130. La fine del c.d. doppio binario per la definizione dei pedaggi ha scatenato non poche polemiche con riferimento alla potenziale violazione delle condizioni contrattuali da parte dello Stato italiano: tali perplessità vengono ripercorse nel testo alla luce delle considerazioni espresse da parte dei concessionari già nella fase delle consultazioni preventive per la definizione del nuovo modello tariffario unico e delle recenti sentenze del*

\* Sottoposto a referaggio.

*Consiglio di Stato. Infine, l'articolo si sofferma sulle novità introdotte con la l. 16 dicembre 2024, n. 193, Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023, e sul procedimento per l'aggiornamento del sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni autostradali, avviato a maggio 2024.*

*Key words: Motorways; Motorway tolls; Italian Transport Regulation Authority; New toll models.*

*Parole chiave: Autostrade; Tariffe autostradali; Autorità di regolazione dei trasporti; Decreto Genova.*

**Sommario** – 1. Un regolatore senza armi. – 2. Il vincolo del principio *pacta sunt servanda*. – 3. Il dibattito sulle disposizioni del Decreto Genova. – 4. Alcune riflessioni sulla riforma e sugli sviluppi successivi. – 5. Sfide e prospettive: la Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023.

## 1. Un regolatore senza armi

L'istituzione dell'Autorità di regolazione dei trasporti (Art) ha rappresentato senza dubbio uno degli elementi di maggiore novità per il quadro istituzionale italiano nel corso degli ultimi vent'anni<sup>1</sup>.

Figlia di un *iter* parlamentare lungo e travagliato<sup>2</sup>, la nuova autorità si è aggiunta solo nel 2014 al quadro delle amministrazioni indipendenti italiane, come arbitro di un mercato vasto ed estremamente complesso, affidato in altri Paesi a una pluralità di soggetti istituzionali<sup>3</sup>.

1. Per lo studio delle funzioni e dei poteri dell'Autorità, prevista dall'art. 37, d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito con modificazioni dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214, si vedano S. LOIACONO, P. OCCHIUZZI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, Torino, 2015, p. 63 ss.; G. MELE, *L'inquadramento normativo: il coordinamento con la legge n. 481/95*, in L. TORCHIA (a cura di), *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, paper Astrid, Roma, 22 ottobre 2013, reperibile su [www.astrid.eu](http://www.astrid.eu); A. TONETTI, *Il settore autostradale*, in L. TORCHIA (a cura di), *L'Autorità dei trasporti nel sistema delle Autorità indipendenti*, cit., p. 27 ss.; A. TONETTI, *Il Decreto "Cresci Italia". L'Autorità di regolazione dei trasporti*, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 6, 2012, p. 579 ss.; G. PISANTI, *Le competenze a "geometria variabile" dell'Autorità dei trasporti*, *Diritto Amministrativo*, n. 1, 1° marzo 2022, p. 249 ss.; G. MATTIOLI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti e le funzioni di regolazione*, Modena, 2022.

2. Così A. FRIGNANI, *L'Autorità dei trasporti fra tutela della concorrenza e regolazione: troppe competenze o troppo pochi poteri?*, *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2, 2014, p. 42 ss. che riassume le diverse tappe legislative che hanno portato alla creazione della nuova authority.

3. La scelta di affidare l'intera gestione del mercato dei trasporti ad un'unica autorità di regolazione si pone infatti come una soluzione atipica rispetto alle decisioni di regolazione adottate all'interno del contesto europeo, sebbene non rappresenti un *unicum* italiano, come sottolineato da S. LOIACONO, P. OCCHIUZZI, *L'Autorità di regolazione dei trasporti*, in F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, cit., p. 73; M.L. MAGNO, *La regolazione dei trasporti negli Stati membri*, in F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, cit., i quali evidenziano come

Tra i vari settori affidati alla competenza dell'Art, quello delle infrastrutture autostradali si è presentato fin da subito come uno dei più interessanti e problematici, considerati la posizione fondamentale da esso ricoperta per garantire una viabilità efficiente<sup>4</sup> e l'assetto di monopolio legale e naturale che lo contraddistingue<sup>5</sup>. La sostanziale mancanza di concorrenza all'interno del comparto autostradale ha determinato il rafforzamento dell'affidamento in concessione<sup>6</sup>, strumento tradizionalmente impiegato dall'Italia per la gestione dei trasporti a fronte delle difficoltà dello Stato di amministrare in via diretta le reti autostradali<sup>7</sup>, ma soprattutto della volontà di abbandonare le vesti di Stato-imprenditore a favore di quelle di regolatore<sup>8</sup>.

anche il Belgio, la Danimarca, la Svezia e la Finlandia, seppur con alcune differenze, abbiano deciso di adoperare tale modello di regolazione.

4. Così A.M. SANDULLI, voce *Autostrada*, *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, p. 525 ss.; S. DE LUCA CARNAZZA, *Elementi di diritto amministrativo*, Torino-Roma, 1880, p. 161, il quale sostiene che "la viabilità, al pari dell'istruzione, è elemento importantissimo di civiltà e di progresso".
5. Il settore autostradale può essere infatti ricondotto alle caratteristiche della c.d. *essential facility*, in ragione delle caratteristiche di non sostituibilità e non duplicabilità dell'infrastruttura, con conseguente predominio nel mercato del soggetto che ne ha o ne assume il controllo. Così, F. RAMELLA, *La regolazione di autostrade e aeroporti. Efficienza e investimenti*, TRASPOL, Milano, 2017, Report 3. Sui problemi legati al regime di monopolio naturale, si rimanda ad A. BOITANI, *Per una riorganizzazione competitiva del sistema dei trasporti*, in C. DE VINCENTI, A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, Bologna, 2006, p. 185 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *Lezioni di Diritto Pubblico dell'Economia*, Torino, 2014; A. PEZZOLI, *Il riassetto del settore autostradale e la concorrenza: le occasioni mancate*, *Economia Pubblica*, vol. 32, n. 4, 2002, p. 94 ss.
6. Sullo strumento della concessione amministrativa, si veda P. BELARDINELLI, C. STAGNARO, *Il sistema autostradale italiano: efficacia ed efficienza*, in M. FAIOLI (a cura di), *Il sistema autostradale per l'economia italiana ed europea*, *federalismi.it*, n. 9, 10 aprile 2020, p. 5; M. D'ALBERTI, *Concessioni amministrative*, *Enc. giur. Treccani*, 1988, VII, *ad vocem*, p. 2 ss.; ID., *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981; A. BOTTO, L. IANNOTTA, *La concessione di lavori pubblici nella sua oscillazione pendolare: dal privato al pubblico e ritorno*, in G. BOTTINO, A. BOTTO, M.M. CAFAGNO, G. FIDONE (a cura di), *Negoziazioni pubbliche. Scritti su concessioni e partenariati pubblico-privati*, Milano, 2013, p. 65; F. BALASSONE, *Indagine conoscitiva sulle concessioni autostradali*, Testimonianza del Capo del Servizio di Struttura economica della Banca d'Italia, Senato della Repubblica, Commissione 8a del Senato (Lavori pubblici, comunicazioni), Roma, 7 luglio 2020; da ultimo, M. GIUSTI, *Le concessioni autostradali in Italia: stato dell'arte e prospettive*, *Amministrazione in cammino*, n. 2, 2024.
7. L'affidamento delle reti autostradali ai privati deve essere ricondotto principalmente a ragioni storico-economiche, come l'incapacità dello Stato italiano di garantire l'ammodernamento della rete autostradale a fronte delle nuove esigenze di trasporto e di crescita economica, per via delle scarse risorse disponibili e la necessità, conseguente, di immettere nel mercato beni appetibili in grado di mobilitare considerevoli risorse finanziarie. Sul punto, si veda E. BARUCCI, F. PIEROBON, *Stato e mercato nella Seconda Repubblica. Dalla privatizzazione alla crisi finanziaria*, Bologna, 2010, p. 167 ss.
8. Così come evidenziato da L. SALTARI, A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, in L. SALTARI, A. TONETTI (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, Milano, 2017, p. 12, la concessione amministrativa non risulta tuttavia l'unica scelta percorribile nella gestione delle autostrade. La definizione del regime giuridico dipende infatti dal ruolo che lo Stato decide di assumere all'interno del settore: se da una parte in Paesi come l'Italia, la Francia e il Cile, lo Stato

Alla luce degli obiettivi di correzione dei fallimenti del mercato e dello Stato, l'istituzione dell'Art rispondeva alla precisa volontà del legislatore di dare ordine al settore, introducendo un nuovo soggetto equidistante dal Governo e dagli operatori economici e dalle dinamiche tra essi assestate<sup>9</sup>.

Tali progetti di riforma non hanno trovato eco<sup>10</sup>, tuttavia, nella scelta di istituire il c.d. doppio binario di regolazione tariffaria, in virtù del quale il d.l. n. 201/2011 attribuiva all'Autorità il pieno potere regolatorio solo con riferimento alle concessioni autostradali stipulate a seguito della sua entrata in vigore, mentre per le c.d. vecchie concessioni esso prevedeva un mero potere di "fissazione dei criteri delle tariffe", la cui puntuale definizione era poi rimessa ad apposite istituzioni<sup>11</sup>, ossia la Struttura di vigilanza sulle concessioni autostradali presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (Mit)<sup>12</sup> e il Comitato interministeriale per la programmazione economica (Cipe, oggi Comitato interministeriale per la programmazione economica e per lo sviluppo sostenibile, Cipess).

Il quadro regolatorio risultante per le c.d. vecchie concessioni autostradali era dunque quello di una disciplina separata e multilivello, affidata a una moltitudine di soggetti, al cui interno l'Autorità ha assunto per lungo tempo un ruolo marginale in quanto privata del potere tariffario, strumento storicamente attribuito alle amministrazioni indipendenti ma rimasto, in questo caso, oggetto del rapporto concessorio<sup>13</sup>.

preferisce un "approccio indiretto", nel quale demanda a terzi concessionari gli oneri per la realizzazione e la gestione di un'autostrada o di una rete autostradale, dall'altra parte in Germania, per esempio, lo Stato assume invece una "responsabilità diretta", costruendo e gestendo autostrade senza pedaggio e senza ricorrere allo strumento concessorio. Sul punto, cfr. G. RAGAZZI, *Autostrade: meglio pubblico o privato?*, *L'industria*, n. 3, 2006, p. 505 ss.

9. Sulla regolazione, si veda M. CLARICH, *Autorità indipendenti, bilancio e prospettive di un modello*, Bologna, 2005; ID., *Alle radici del paradigma regolatorio dei mercati*, *Rivista della Regolazione dei mercati*, n. 2, 2020, p. 230 ss.

10. Come sostenuto da autorevoli autori, tra cui G. MELE, *Il perimetro regolatorio dell'Autorità dei trasporti: prime considerazioni e verifiche*, *Rivista Italiana di Antitrust*, n. 2, 2014, p. 69 ss.; S. ZUNARELLI, L. DI GIROLAMO, *Il settore autostradale*, in F. BASSAN (a cura di), *La regolazione dei trasporti in Italia. L'ART e i suoi poteri, alla prova dei mercati*, cit., p. 182; A. CANDIDO, *La governance dei trasporti in Italia: soggetti, livelli di governo, competenze*, in L. AMMANNATI, A. CANEPA (a cura di), *La politica dei trasporti in Europa: verso uno spazio unico?*, Torino, 2015, p. III ss., i quali sottolineano il controsenso di tale separazione regolatoria rispetto agli obiettivi di riassetto proposti.

11. Detta competenza, precisa tuttavia l'art. 37, comma 2, lett. b), d.l. n. 201/2011, risultava essere spendibile dall'Autorità "solo se ritenuto necessario in relazione alle condizioni di concorrenza effettivamente esistenti nei singoli mercati dei servizi dei trasporti", lasciando così impregiudicata in capo ai soggetti competenti la determinazione in concreto dei corrispettivi erogati.

12. In conformità agli obiettivi imposti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano, il d.l. 1° marzo 2021 n. 22, convertito con modificazioni con l. 22 aprile 2021 n. 55, recante "*Disposizioni urgenti in materia di riordino delle attribuzioni dei Ministeri*", ha ribattezzato il "Ministero delle infrastrutture e dei trasporti" con "Ministero delle infrastrutture e della mobilità sostenibili" (Mims). Successivamente, con comunicato stampa del Consiglio dei ministri n. 3, del 4 Novembre 2022, il dicastero ha cambiato di nuovo nome, tornando alla vecchia denominazione di Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (Mit).

13. La natura eterodeterminata della tariffa, come elemento non derivante all'interno di un mercato regolato dal-

A seguito dei tragici accadimenti legati al crollo del ponte Morandi e alle indagini effettuate dalla Corte dei conti durante il 2018<sup>14</sup>, tuttavia, il legislatore è intervenuto con il c.d. Decreto Genova<sup>15</sup> per rivedere, in maniera consistente, la disciplina delle concessioni e il ruolo riconosciuto all'Art in materia tariffaria, tentando di sanare quella situazione di c.d. "cattura del regolatore"<sup>16</sup> che, secondo autorevole dottrina, aveva caratterizzato l'ambito autostradale a partire dagli anni Novanta<sup>17</sup>.

l'incontro di domanda e offerta, bensì dalla decisione di un'autorità decidente a ciò preposta, ha reso tale strumento l'arma principale delle autorità amministrative indipendenti per operare il controllo imparziale ed equidistante del regime di concorrenza tra i privati operanti nel mercato. La permanenza dello strumento tariffario all'interno delle negoziazioni tra Stato e concessionari per quanto concerne il settore autostradale non rappresenta tuttavia una particolarità tutta italiana, posto che anche in altri Paesi europei, come la Francia e l'Inghilterra, ed extraeuropei, come gli Stati Uniti d'America, la definizione tariffaria ha assunto una dimensione prettamente privata. Sul punto si tornerà più avanti. Per approfondire la declinazione dello strumento tariffario, si veda M. PASSALACQUA, *Le tariffe dei servizi pubblici tra price cap e bisogni sociali*, in E. BANI (a cura di), *Il "giusto" prezzo tra Stato e mercato*, Torino, 2009, p. 26. Sullo strumento del *price cap*, cfr. M. MARTOCCIA, *Price cap e regolazione per incentivi*, in A. BIANCARDI (a cura di), *L'eccezione e la regola. Tariffe, contratti, infrastrutture*, Bologna, 2009, p. 312 ss.

14. Tali accadimenti, il crollo del viadotto Polcevera e di parte dell'Autostrada A10 (gestita in concessione da Autostrade per l'Italia) il 14 agosto 2018 e il rapporto della Corte dei conti, Sezione centrale di controllo sulla gestione delle amministrazioni dello Stato, *Le concessioni autostradali*, pubblicato con Deliberazione 18 dicembre 2019 n. 18/2019/G, hanno infatti colpito profondamente l'opinione pubblica italiana, evidenziando come il settore autostradale fosse assolutamente carente in termini di manutenzione delle infrastrutture e vessato da diverse problematiche, come la scarsa trasparenza e mancata diffusione di dati, l'inefficiente gestione della rete, l'illegittima proroga delle concessioni, la lentezza delle gare e l'assenza, non per ultimo, di controlli efficaci sulle concessionarie.
15. Così è stato soprannominato il d.l. 28 settembre 2018 n. 109, convertito con modificazioni dalla l. 16 novembre 2018 n. 130, col quale sono state approntate le misure di emergenza per gestire il crollo del viadotto Polcevera, su cui si veda, tra altri, D. BOLOGNINO, *Il c.d. Decreto "Genova": tra intervento per la salvaguardia e la ripresa economica della città e l'implementazione sistemica della sicurezza per le infrastrutture nazionali*, articolo tratto dalla relazione svolta al Convegno organizzato dall'Associazione Allievi MIDA "L'amministrazione dell'emergenza: il caso Genova", Luiss Guido Carli, 29 novembre 2019, Amministrazione in cammino, 12 novembre 2020; A. D'ERCOLE, C. SALUSTRI GALLI, *Il crollo del ponte di Genova: la gestione dell'emergenza*, articolo tratto dalla relazione svolta al Convegno organizzato dall'Associazione Allievi MIDA "L'amministrazione dell'emergenza: il caso Genova", Luiss Guido Carli, 29 novembre 2019, Amministrazione in cammino, cit.; G. LEONE, *La vicenda autostrade: un caso "all'italiana"*, *Foro Amministrativo*, n. 2, 1° febbraio 2021, p. 371 ss.
16. Sul punto, G. RAGAZZI, *I signori delle autostrade*, Bologna, 2008, p. 42 ss.; contrari a tale impostazione sono L. SALTARI, A. TONETTI, *Origini e trasformazioni della disciplina delle autostrade in Italia*, in L. SALTARI, A. TONETTI (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade. In Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit., p. 83 per cui la vicenda delle concessioni autostradali è ben più complessa di quanto possa apparire *prima facie*, non potendo ricostruire i motivi e le dinamiche che hanno portato allo stato attuale delle concessioni sulla base degli strumenti concettuali forniti dalla "teoria della cattura". Sul fenomeno di cattura si vedano A. HEIMLER, voce *Teoria della cattura*, Treccani, *Dizionario di Economia e Finanza*, 2012; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2020.
17. In realtà si potrebbe anche dire che l'Autorità di regolazione dei trasporti non abbia mai assunto, fino ai tempi più recenti, le vesti di regolatore (in senso stretto) per le c.d. vecchie concessioni autostradali, almeno con riferimento al potere tariffario.



## 2. Il vincolo del principio *pacta sunt servanda*

Come emerso dalle indagini effettuate dalla Corte dei conti, il sistema tariffario elaborato a partire dalla legge del 23 dicembre 1992 n. 498 e dalla delibera Cipe del 20 dicembre 1996 n. 319<sup>18</sup>, con l'adozione del metodo di *price cap*<sup>19</sup> e l'avvio del processo di privatizzazione delle concessioni autostradali, ha dato luogo a una dinamica di sostanziale negoziazione-regolazione<sup>20</sup> tra concedente e concessionario, in forza della flessibilità accordata alle imprese per la definizione dei prezzi tariffari, in particolare per l'indicazione del parametro X della formula matematica, coincidente con l'incremento atteso di produttività del concessionario<sup>21</sup>.

Tale fattore, lasciato opaco dal legislatore in ragione dei calcoli specifici da attuare di volta in volta per la sua determinazione<sup>22</sup>, è diventato dunque oggetto di contrattazioni tra le parti del rapporto concessorio, dando vita nel tempo a un meccanismo di definizione dei pedaggi dominato dalla c.d. "cattura" del regolatore, ossia dal prevalere degli interessi privati rispetto a quelli pubblici<sup>23</sup>.

18. Tale delibera, emanata in occasione della privatizzazione dei concessionari autostradali e in particolare di Autostrade – oggi Autostrade per l'Italia S.p.a., ASPI, su cui M. D'ANTONI, *Privatizzazioni e monopolio: il caso della Società autostrade*, in R. ARTONI (a cura di), *Storia dell'Iri*, Volume 4, *Crisi e privatizzazione 1990-2002*, Roma – Bari, 2013, p. 401 ss. –, rappresenta il punto di partenza e, in certi aspetti, la sintesi delle problematiche legate all'ingiusta determinazione delle tariffe autostradali: nell'introdurre il nuovo sistema tariffario e sostituire la precedente tariffa-remunerazione, tale delibera aveva infatti omesso di calcolare una nuova tariffa-zero, dando vita a un meccanismo di trascinamento che si è ripercosso sui modelli tariffari successivi fino ai tempi più recenti. A questo problema si aggiungeva anche la decisione di stabilire in forma generica il valore da attribuire al parametro X della formula di *price cap*, il quale ricopre una funzione fondamentale nella definizione della tariffa.
19. Tale metodologia, definita per la prima volta nel Regno Unito in relazione alla privatizzazione di *British Telecommunications*, si propone in sintesi di porre un tetto massimo (*cap*) alla dinamica temporale dei prezzi dei servizi, in settori non soggetti a concorrenza nel mercato. Sul punto si veda il *report* di S. LITTLECHILD, *Regulation of British Telecommunications' Profitability*, Department of Industry, London, February 1983; A. BOTTASSO, M. CONTI, C. FERRARI, A. TEI, *Alcune riflessioni sulla pratica regolatoria, con riferimento ad alcuni settori dell'industria dei trasporti*, *Rivista di economia e politica dei trasporti*, n. 3, 2013.
20. Così M. SEBASTIANI, *La regolazione delle autostrade*, in AA.VV., *Le concessioni di infrastrutture nel settore dei trasporti. Fra fallimenti dello Stato e fallimenti del mercato*, Rapporto 2019, Società Italiana di Politica dei Trasporti, Santarcangelo di Romagna, 2020, p. 124.
21. La disciplina originaria fissata dalla delibera del Cipe n. 319/1996 prevedeva infatti l'applicazione del metodo del *price cap*, in cui l'incremento delle tariffe è legato all'inflazione e compensato dal cosiddetto fattore X, una misura dell'incremento atteso di produttività del concessionario, stabilito *ad hoc* per ogni rapporto. Così, F. BALASSONE, *Indagine conoscitiva sulle concessioni autostradali*, cit.
22. Secondo G. RAGAZZI, *I signori delle autostrade*, cit., p. 44, in realtà, la scelta di attribuire ampia discrezionalità alle parti del rapporto concessorio per la definizione di tale parametro deve essere ricondotta principalmente, se non esclusivamente, alla volontà di massimizzare il ricavo dalla privatizzazione di Autostrade.
23. Così come riportato da L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, n. 4, 1° dicembre 2020, p. 1127, con il passaggio alla privatizzazione è sfuggito che i concessionari sono diventati normali imprenditori che perseguono legittimamente la maggiore remunerazione del capitale investito, cosa che ha determinato l'intensificarsi dei problemi c.d. di agenzia nel settore autostradale.



La sovrapposizione delle funzioni regolatorie e di concedente in capo all'Anas (prima, agli uffici del Ministero dei trasporti, dopo)<sup>24</sup>, infatti, ha portato gradualmente alla creazione di un sistema tariffario sbilanciato e poco trasparente, oltre che vincolante per il potere statale, legato alle condizioni accordate ai concessionari in virtù del principio *pacta sunt servanda*<sup>25</sup>.

La natura sostanzialmente privata attribuita alla concessione autostradale e quindi al rapporto tra Stato e concessionario<sup>26</sup> ha determinato una serie di conseguenze, prima tra tutte la mancata ostensione delle convenzioni stipulate fino ai tempi più recenti<sup>27</sup>: ciò ha prodotto, nel tempo, un'“area grigia” nei rapporti concessori, caratterizzati, come evidenziato nelle indagini della Corte dei Conti, “da incertezza giuridica ed economica, con sacrificio dell'interesse generale alla

24. A tal proposito va ricordato che la trasformazione dell'Anas da ente pubblico a società per azioni (avvenuta nel 2002) ha complicato ulteriormente il quadro regolatorio, già gravemente connotato da una situazione di cattura del regolatore, in quanto l'Anas si è trovata ad assumere contemporaneamente le vesti di soggetto di diritto privato ma anche di regolatore settoriale e di potenziale concorrente delle aziende concessionarie, determinando dunque una privatizzazione anche dei rapporti concessori, tale da renderli esenti dai doveri di pubblicità e trasparenza, come ricostruito da G. COCO, M. PONTI, *Riflessioni per una riforma della regolazione nel settore autostradale*, in C. DE VINCENTI, A. VIGNERI (a cura di), *Le virtù della concorrenza. Regolazione e mercato nei servizi di pubblica utilità*, cit., p. 307 ss.

25. Su questo principio e su quello del legittimo affidamento, si veda, *ex multis*, F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, Napoli, 2018; L. ALLA, *Il legittimo affidamento nel diritto europeo e nel diritto interno*, *Amministrazione in cammino*, 17 maggio 2012. I vincoli derivanti dal principio del legittimo affidamento insieme a quello del *pacta sunt servanda*, d'altra parte, sono stati rafforzati dalla previsione di termini di durata pluridecennali per le concessioni accordate, nonché da inammissibili meccanismi di proroga, come rilevato anche dall'AGCM, in primo luogo, nelle segnalazioni inviate alla Camera dei deputati, Doc. XVII, n. 17, seduta 11 gennaio 2006, e, in secondo luogo, nella nota n. 9346 del 14 marzo 2018 inviata alla Corte dei conti. Sul punto si veda anche D. BALLOTTA, M. PONTI, G. RAGAZZI, *Autostrade, continua il balletto delle proroghe*, *lavoce.info*, 25 settembre 2015; G. RAGAZZI, *Per le autostrade la fine della concessione non arriva mai*, *lavoce.info*, 27 giugno 2014; C. GUCCIONE, *Le alternative all'evidenza pubblica: le proroghe delle concessioni*, *Giustizia amministrativa*, 9 giugno 2023; M. CARDONE, *Il regime della proroga nelle concessioni autostradali: un divieto “inderogabile” ma facilmente eludibile*, *federalismi.it*, 2025, n. 4, p. 38 ss.

26. Sul tema si richiama M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative: aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, cit., p. 13, che rimarca l'impronta privatistica dell'istituto. In verità la natura delle concessioni autostradali è oggetto di un annoso dibattito dottrinario, dovuto anche all'influenza del diritto europeo, che con la direttiva n. 2014/23 ha imposto un approccio pro-concorrenziale e tendente all'interpretazione del rapporto concessorio come di attività soggetta a rischio imprenditoriale. Sul punto, *ex multis*, G.D. COMPORTI, *La nuova sfida delle direttive europee in materia di appalti e concessioni*, *federalismi.it*, 25 marzo 2015. Per l'influenza del diritto dell'UE sull'intervento nazionale in materia di infrastrutture, in generale, S. SCREPANTI, *L'intervento pubblico per il sostegno, la promozione e il rilancio degli investimenti in infrastrutture e opere pubbliche*, in F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA (a cura di), *Lo Stato promotore: come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021, p. 63 ss.

27. La pubblicazione dei testi delle convenzioni autostradali ha seguito un iter graduale a partire dal 2 febbraio 2018. Le concessioni sono oggi consultabili, insieme ai documenti che stabiliscono anche le regole per l'aggiornamento dei pedaggi, sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

*conoscenza a favore di quello privato delle concessionarie, pur venendo impegnate ingenti risorse tali da giustificare la necessità di un controllo diffuso*<sup>28</sup>.

Nonostante gli impegni assunti nell'ambito del rapporto di durata, per rimediare a tale scenario di cattura lo Stato ha provato in più occasioni a liberarsi dagli obblighi contrattuali intrattenuti con i concessionari, mettendo in atto una serie di correttivi risultati poi fallimentari.

Con il d.l. del 3 dicembre 2006 n. 262, convertito con l. del 24 novembre 2006 n. 286, il Governo ha tentato infatti di attribuirsi un potere unilaterale di modifica delle disposizioni tariffarie contenute negli accordi al tempo vigenti, imponendo ai concessionari di sottoscrivere le nuove convenzioni così determinate<sup>29</sup>: la minaccia della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea e le forti opposizioni avanzate dai gestori in merito alla violazione del principio di legittimo affidamento<sup>30</sup> hanno persuaso tuttavia il Governo a cercare una nuova strada per la riforma delle concessioni autostradali.

Tale aspirazione ha portato all'emanazione del d.l. del 9 aprile 2008 n. 59, convertito con l'art. 8-*duodecies* della legge di conversione 6 giugno 2008 n. 101<sup>31</sup>, che ha disposto la *legificazione* delle c.d. convenzioni uniche tra Anas e i concessionari<sup>32</sup>, accordando altresì a questi ultimi, in sostanza,

28. Relazione della Corte dei conti, delibera n. 18/2019/G, p. 23.

29. Come evidenziato da D. GHIGIARELLI, *Ricognizione storica della normativa sul sistema autostradale italiano. Dalla lex specialis all'applicazione del codice dei contratti pubblici*, in M. FAIOLI (a cura di), *Il sistema autostradale per l'economia italiana ed europea*, cit., p. 23 ss., la "convenzione unica" fissata con il d.l. n. 262/2006 avrebbe sostituito a tutti gli effetti la convenzione originaria e i relativi atti aggiuntivi una volta stipulata tra le parti del rapporto concessorio. Nonostante il valore meramente ricognitivo attribuito a tale convenzione, la mancata disponibilità delle concessionarie a sottoscriverla avrebbe determinato tuttavia l'estinzione del rapporto concessorio in essere e il conseguente subentro di Anas nella gestione diretta delle autostrade, motivo per cui tale intervento è stato tacciato di unilateralità da parte dei concessionari.

30. Si fa riferimento alle censure mosse dai concessionari e dalla Commissione europea nel contesto di una procedura di infrazione per violazione della libertà di circolazione dei capitali e di stabilimento aperta contro il Governo italiano (C. 2006/2419) per la presunta introduzione unilaterale di un nuovo contratto applicabile alle concessionarie autostradali. In tale occasione, la Commissione aveva condannato l'assenza di qualsiasi motivazione o indicazione sull'applicazione dei nuovi meccanismi di calcolo delle tariffe, evidenziando i consistenti rischi di retroattività che l'impianto del d.l. n. 262/2006 portava con sé, non essendo chiaro il perimetro applicativo della riforma.

31. Per la ricostruzione della storia delle concessioni autostradali, in questa sede trattata sinteticamente solo per i passaggi più rilevanti della regolazione tariffaria, si veda, *ex multis*, L. SALTARI, A. TONETTI, *Concessioni autostradali*, in R. DE NICTOLIS, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici: concessioni di lavori e servizi partenariati precontenzioso e contenzioso*, volume V, Milano, 2019, p. 163 ss.; L. SALTARI, *Introduzione*, in AA.VV. *La realizzazione e la gestione di infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni*, IRPA Working Paper – Policy Papers Series No. 2/2014, p. 6 ss.; A.M. ALTIERI, *L'Italia*, in AA.VV. *La realizzazione e la gestione di infrastrutture: il regime giuridico delle concessioni*, p. 275 ss.

32. La legge di conversione 6 giugno 2008 n. 101 all'art. 8-*duodecies* ha previsto infatti l'approvazione di tutti gli schemi di convenzione con la società Anas S.p.a. già sottoscritti dalle società concessionarie autostradali alla data di entrata in vigore del decreto, prevedendo che "Tutti i contratti di concessione dovranno ora essere trattati su un piede di parità nel quadro della nuova normativa, conformemente al principio di modifica non unilaterale dei nuovi accordi di settore" (Commissione europea, comunicato stampa IP/08/1521 del 16 ottobre 2008). La scelta di utilizzare la

la scelta dei regimi tariffari e l'adozione di un metodo di fissazione della tariffa semplificato, aganciato per tutta la durata della convenzione a una percentuale fissa dell'inflazione effettiva del rapporto concessorio<sup>33</sup>.

Il risultato di tali riforme – contrariamente agli obiettivi prefissati – era stato pertanto quello di rafforzare ancora di più il vincolo tra lo Stato e i titolari delle c.d. vecchie concessioni, fornendo una nuova copertura legislativa ad un rapporto a due contraddistinto da riserbo e segretezza, in cui la nuova Autorità di regolazione dei trasporti non poteva assolutamente entrare, come dimostrato dalla definizione nel 2011 del c.d. doppio binario di regolazione.

Tale scelta di compromesso attuata dal legislatore ha dunque previsto accanto al modello di *regulation* per il futuro il mantenimento delle negoziazione-regolazione per il passato<sup>34</sup>, riponendo nella corretta coordinazione tra i vari soggetti regolatori – l'Autorità da una parte, il Mit e il Cipe dall'altra – la chiave per il funzionamento di tali binari paralleli e per la definizione delle tariffe delle c.d. vecchie concessioni: come tuttavia documentato dall'indagine della Corte dei conti del 2018, il rapporto tra tali soggetti è risultato assai meno roseo di quanto auspicato, posto che in più occasioni il Mit avrebbe ostacolato l'esercizio delle funzioni regolatorie attribuite all'Art<sup>35</sup>.

fonte legislativa per l'approvazione delle convenzioni autostradali ha sollevato tuttavia molti problemi interpretativi in relazione al sistema delle fonti e alla natura da attribuire al rapporto concessorio. Sul tema si veda A. MOLITERNI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, *Diritto Amministrativo*, n. 4, 2012, p. 567 ss.; O. PINI, *Interessi pubblici e diritto comune nelle concessioni autostradali. Riflessioni sul caso del "Ponte Morandi"*, in M. FAIOLI (a cura di), *Il sistema autostradale per l'economia italiana ed europea*, cit., p. 92 ss.

33. Critica sull'abbandono del metodo del *price cap* è stata l'AGCM nella segnalazione inviata al Governo e al Parlamento AS455, il 4 luglio 2008 (reperibile su [www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/AFC506FAAAFD1625C125747F002A3676/\\$File/AS455.pdf](http://www.agcm.it/dotcmsCustom/getDominoAttach?urlStr=192.168.14.10:8080/C12563290035806C/0/AFC506FAAAFD1625C125747F002A3676/$File/AS455.pdf)), ove l'*authority* ha evidenziato che con l'introduzione del nuovo sistema tariffario basato sull'inflazione annua il legislatore aveva eliminato in buona sostanza il margine di rischio connesso all'incertezza nella determinazione delle tariffe previsto con il metodo *price cap*, garantendo così una posizione di massimo dominio dei concessionari sul mercato autostradale. Sul punto, si veda G. RAGAZZI, *Tariffe autostradali: criteri di regolazione e il caso italiano*, *Economia Pubblica*, n. 1, 2012, p. 255 ss.; M. SEBASTIANI, *Le infrastrutture di trasporto: programmazione, concorrenza e interesse pubblico*, in P.M. MANACORDA (a cura di), *I nodi delle reti. Infrastrutture, mercato e interesse pubblico*, Firenze, 2010, Libri di Astrid, p. 134 ss.

34. Come si legge in A. BOITANI, *Un'Autorità di regolazione dei trasporti?*, *L'Industria*, n. 4, 2000, p. 826 ss., infatti, dietro alle resistenze dimostrate dai parlamentari al momento dell'istituzione della nuova Autorità di regolazione dei trasporti e alla decisione di attribuirle un potere tariffario meramente parziale si celavano proprio le pressioni attuate dalle *lobbies* dei Comuni e delle Regioni per impedire la costituzione del nuovo regolatore e mantenere intatti, di contro, i rapporti sigillati con i vecchi concessionari autostradali. La definizione del doppio regime di regolazione è risultata dunque al tempo l'unica via percorribile per non turbare l'equilibrio assestato per le concessioni preesistenti.

35. Come già evidenziato nel 2015 dalla stessa Art all'interno della propria relazione di fronte alla Camera dei deputati, Commissione VIII, Ambiente, territorio e lavori pubblici - Indagine conoscitiva in materia di concessioni autostradali, seduta del 5 maggio 2015, in merito alla disponibilità di diversi dati gestionali sulle concessioni a uso esclusivo del Ministero, e come trattato nella relazione della Corte dei conti, delibera n. 18/2019/G, p. 26 ss., il Ministero avrebbe difatti negato più volte all'Autorità l'accesso a documenti rilevanti per la definizione del-

A fronte delle diverse criticità emerse nel settore autostradale, dalla violazione del principio di leale collaborazione tra istituzioni pubbliche alla difficile gestione delle tratte autostradali, culminata nella tragedia del viadotto Polcevera<sup>36</sup>, il legislatore ha deciso di attuare con il c.d. Decreto Genova una consistente riforma della posizione attribuita all'Autorità di regolazione dei trasporti, prevedendo tra le altre cose l'estensione della competenza ad essa assegnata in materia tariffaria anche con riferimento alle c.d. vecchie concessioni, seppur ancora con qualche limitazione<sup>37</sup>. Il Decreto ha riconosciuto dunque all'Autorità una serie di nuovi poteri di carattere deliberativo e consultivo per la definizione dei pedaggi, da esercitare tuttavia in accordo con gli altri soggetti competenti in materia tariffaria<sup>38</sup>. Grazie a tali modifiche, l'Art ha potuto avviare l'elaborazione di un nuovo sistema tariffario unico basato sulla metodologia *price cap*<sup>39</sup>, da tempo auspicato dal

l'assetto tariffario, portando a motivazione il coinvolgimento marginale dell'Art per la decisione delle tariffe delle concessioni autostradali più risalenti, secondo la logica del c.d. doppio binario stabilita nel d.l. n. 201/2011.

36. Il processo per l'accertamento della responsabilità dei concessionari per il crollo del viadotto, ancora in corso, coinvolge 57 imputati. Sulla responsabilità per il crollo del viadotto si veda, *ex multis*, G. GAUDIOSO, L. MINERVINI, M. ESPOSITO, *Profili di responsabilità con riferimento alle concessioni autostradali a seguito del crollo del ponte*, Articolo tratto dalla relazione svolta al Convegno organizzato dall'Associazione Allievi MIDA "L'amministrazione dell'emergenza: il caso Genova", Luiss Guido Carli, cit.

37. Insieme alle disposizioni concernenti la gestione della catastrofe, il Decreto Genova ha imposto infatti una serie di riforme determinanti all'interno del settore autostradale, quali, tra le altre, l'istituzione di una nuova Agenzia preposta al controllo della sicurezza del sistema delle infrastrutture (Agenzia nazionale per la sicurezza delle ferrovie e delle infrastrutture stradali e autostradali – ANSFISA, operativa dal 2020). Con l'attribuzione all'Art dei nuovi poteri tariffari, benché di carattere sostanzialmente deliberativo e consultivo, il Decreto si è posto in soluzione di continuità con i progetti avviati con il d.l. n. 201/2011, ostacolati e ridimensionati allora per via dei tempi "non ancora maturi", come riportato nelle sedute parlamentari.

38. Grazie all'art. 16, d.l. 28 settembre 2018 n. 109 (c.d. Decreto Genova), modificato in parte in sede di conversione, l'Autorità è tenuta a stabilire i sistemi tariffari dei pedaggi anche con riferimento a ciascuna delle convenzioni autostradali in essere oggetto di aggiornamento o revisione (indipendentemente dal fatto che gli stessi comportino variazioni o modificazioni al piano degli investimenti ovvero ad aspetti di carattere regolatorio a tutela della finanza pubblica, cosa che determina solamente l'attribuzione di poteri di carattere consultivo o deliberativo in capo al regolatore, prevedendo l'intervento del Mit e del Ministero dell'Economia e delle Finanze – Mef, del Cipe e del Nucleo di consulenza per l'Attuazione delle linee guida per la Regolazione dei Servizi di pubblica utilità – Nars). Sul punto, si veda la Relazione al Cipe sull'attività svolta dal Nars nel 2019, fornita dal Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica, p. 19 ss.; per approfondire, cfr. M. SEBASTIANI, *La regolazione delle autostrade*, in AA.VV., *Le concessioni di infrastrutture nel settore dei trasporti. Fra fallimenti dello Stato e fallimenti del mercato*, Rapporto 2019, cit., p. 188.

39. Il sistema tariffario di pedaggio definito dall'Art si fonda, in breve, su quattro elementi: la trasparenza e l'equità dei pedaggi correlata ai costi; la redditività delle gestioni ricondotta ai livelli di mercato; un sistema incentivante per la realizzazione degli investimenti con verifiche annuali della loro effettiva realizzazione; univocità e stabilità regolatoria degli assetti economici delle concessioni autostradali. Per l'analisi delle caratteristiche si veda l'Ottavo Rapporto annuale dell'Art, Senato della Repubblica 7 settembre 2022, p. 40 ss. In particolare, la X della formula di *price cap* è determinata secondo la metodologia delle frontiere stocastiche, anche sulla base di analisi di *benchmark* effettuate a partire dai dati storici dei concessionari autostradali nazionali, scegliendo un valore differente per ogni concessione.

regolatore per uniformare, sulla base di criteri e principi comuni, il panorama delle tariffe autostradali e andare a sostituire i sei regimi tariffari vigenti per le c.d. vecchie concessioni<sup>40</sup>.

Anche quest'ultimo intervento di regolazione ha incontrato tuttavia le resistenze dei concessionari, i quali hanno manifestato il proprio dissenso già nel procedimento di consultazione preventiva avviato dall'Autorità per la riforma delle tariffe autostradali<sup>41</sup> e nei giudizi amministrativi instaurati in seguito.

### 3. Il dibattito sulle disposizioni del Decreto Genova

Nelle osservazioni inviate all'Art per la fase di consultazione preventiva, i concessionari hanno contestato come l'introduzione dei nuovi sistemi di calcolo a opera dell'Autorità costituisca un'inammissibile modifica unilaterale *ex post* delle convenzioni autostradali, richiamando quanto rilevato nell'ambito della procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea contro il d.l. n. 262/2006<sup>42</sup>.

In questo senso, i concessionari lamentavano la violazione da parte delle disposizioni del Decreto Genova dei principi costituzionali ed europei in tema di rispetto dei rapporti contrattuali e certezza del diritto, oltre alla lesione del principio di legittimo affidamento, protetto dal principio generale della obbligatorietà dei patti e dall'art. 3 della Costituzione<sup>43</sup>.

40. Come riportato all'interno del Sesto rapporto annuale dell'Art al Parlamento, Camera dei deputati, 25 giugno 2019, p. 2 (ma si potrebbero richiamare tutti i precedenti Rapporti annuali dell'Art, in cui il regolatore segnala le incongruenze e le disomogeneità generate dalla regolazione differenziata dei pedaggi), l'Autorità aspettava da tempo l'occasione di intervenire sui diversi sistemi tariffari previsti per le vecchie concessioni autostradali. Per la descrizione dei sei regimi tariffari, si veda G. PISANTI, *Le concessioni autostradali: evoluzione normativa e regolamentare. Dagli albori alla delibera ART n. 119/2017*, Roma, dicembre 2017, p. 18.

41. Si fa riferimento al procedimento di consultazione preventiva avviato il 18 febbraio 2019 dall'Autorità di regolazione dei trasporti con delibera n. 16/2019. Tale procedimento di consultazione, per inciso, ha rappresentato la prima occasione di ascolto per i portatori di interesse al procedimento di definizione delle tariffe per le c.d. vecchie concessioni autostradali, la cui regolazione, lasciata in passato alle negoziazioni esclusive tra Stato e concessionari, non aveva mai coinvolto gli utenti autostradali e gli operatori economici in una consultazione generale di carattere regolatorio. Sono intervenute 17 osservazioni in totale, da parte delle Società concessionarie interessate, dell'Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (AISCAT), dalla Federazione Nazionale consumatori e utenti (Federconsumatori) e, infine, da molte organizzazioni sindacali nazionali.

42. Il richiamo alla procedura di infrazione operata dalla Commissione europea si trova, in particolare, nei contributi inviati da Società Tangenziale di Napoli S.p.a., Autostrade per l'Italia S.p.a., Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.a., Società Milano Serravalle-Milano Tangenziali S.p.a., Autostrada Brescia Verona Vicenza Padova S.p.a., Società Autostrada Tirrenica S.p.a., Raccordo Autostradale Valle d'Aosta S.p.a., AISCAT, pubblicati sul sito [www.autorita-trasporti.it/consultazioni/consultazione-pubblica-sul-sistema-tariffario-di-pedaggio-relativo-alle-concessioni-di-cui-allarticolo-43-del-d-l-201-2011-come-richiamato-dallarticolo-37-del-medesimo-decreto/](http://www.autorita-trasporti.it/consultazioni/consultazione-pubblica-sul-sistema-tariffario-di-pedaggio-relativo-alle-concessioni-di-cui-allarticolo-43-del-d-l-201-2011-come-richiamato-dallarticolo-37-del-medesimo-decreto/).

43. Secondo i concessionari le previsioni normative del Decreto Genova si sono poste da ultimo in contrasto con l'art. 3 della Costituzione e con l'art. 1372 c.c. secondo cui "il contratto ha forza di legge tra le parti", motivo che



Tale atteggiamento di contrasto dimostrato dai gestori autostradali in sede di consultazione preventiva ha trovato riprova nella successiva impugnazione innanzi al giudice amministrativo delle delibere finali dell'Art predisponenti il nuovo sistema tariffario<sup>44</sup>, ove i concessionari hanno ribadito la carenza dei nuovi poteri attribuiti all'Autorità.

La ricostruzione del quadro regolatorio attuata dai Tribunali amministrativi regionali e dal Consiglio di Stato ha confermato tuttavia le valutazioni attuate da parte degli uffici dell'Art in risposta alle obiezioni dei concessionari nella Relazione istruttoria al procedimento di consultazione per la definizione del nuovo sistema tariffario<sup>45</sup>.

Per quanto riguarda infatti le critiche concernenti la reiterazione dell'intervento normativo attuato nel 2006, gli uffici dell'Autorità hanno evidenziato la sostanziale diversità di presupposti, effetti e finalità che hanno ispirato le due riforme. Nel caso del d.l. n. 262/2006 il legislatore aveva previsto una modifica *ex lege* sfavorevole ai concessionari, demandandone l'attuazione al Governo (parte concedente) e creando così uno scompenso tra le posizioni contrattuali assolutamente autoritativo; diversamente il Decreto Genova, attribuendo il potere di definizione dei pedaggi all'Art,

ha indotto alcuni concessionari a proporre ai Tribunali di sollevare questione di legittimità costituzionale delle disposizioni del Decreto con riguardo a diversi articoli della Carta costituzionale. Tali questioni sono state variamente respinte dai Tribunali amministrativi, i quali hanno sostenuto in generale l'infondatezza delle argomentazioni apportate.

44. Al procedimento di consultazione hanno fatto seguito varie delibere (delibere n. 64-79/2019) disponenti il nuovo sistema tariffario. Tali delibere finali insieme alla delibera di avvio del procedimento n. 16/2019 sono state impugnate dai concessionari autostradali davanti ai diversi Tribunali amministrativi competenti (tra gli altri, quello del Piemonte e del Veneto) al fine di ottenere da una parte l'annullamento degli atti regolatori e dall'altra la proposta di una questione pregiudiziale di fronte alla Corte di giustizia europea, ovvero di un giudizio di legittimità costituzionale di fronte alla Consulta. La ricostruzione più completa delle tematiche e dei punti di contrasto avanzati dai concessionari è contenuta tuttavia nella sentenza TAR Valle d'Aosta, sez. Unica, del 26 giugno 2020 n. 22, reperibile su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), segnalata per la sua esaustività nel Settimo rapporto annuale dell'Art, p. 31. Tale sentenza è attualmente impugnata innanzi al Consiglio di Stato, che con ordinanza dell'11 ottobre 2024 n. 8159, resa in sede giurisdizionale, ha disposto il rinvio della trattazione del merito alla pubblica udienza del 14 novembre 2024.

45. La Relazione istruttoria degli Uffici dell'Art conseguente al procedimento di consultazione preventiva in oggetto è reperibile al link [www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2019/06/relazione-istruttoriaPdfA.pdf](http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2019/06/relazione-istruttoriaPdfA.pdf). Le valutazioni riportate dagli uffici in risposta alle censure avanzate dai concessionari hanno trovato conferma nelle sentenze TAR Valle d'Aosta, n. 22/2020, già richiamata; TAR Veneto, sez. I, 25 novembre 2020 n. 1128, che ha accolto in parte le censure del concessionario riguardanti il *quomodo* dell'intervento di Art, che avrebbe portato all'imposizione di una riduzione dei costi non proporzionata, senza tenere conto delle specificità di CAV e della difficoltà-impossibilità del conseguimento di tale risultato (salvo poi essere riformata con la sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2022 n. 8765); TAR Piemonte, sez. I, 13 aprile 2021 n. 384 (anche in questo caso rinnegata dalla sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 4 maggio 2022 n. 3484, con integrale rigetto dei motivi di ricorso presentati in primo grado dal concessionario); TAR Piemonte, sez. II, 25 novembre 2022 n. 1027, confermata da ultimo con sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, 9 febbraio 2024 n. 1324, di cui si parlerà in seguito.

non ha intaccato il rapporto contrattuale tra concedente e concessionario, in ragione della posizione di indipendenza ricoperta dall'Autorità di regolazione rispetto ai poteri governativi<sup>46</sup>. Tale posizione di terzietà rispetto al rapporto contrattuale, insieme all'elevata competenza tecnica che la contraddistingue, rende infatti l'Art il soggetto più adeguato ad esercitare la potestà tariffaria nel settore autostradale a detta dei Tribunali amministrativi<sup>47</sup>, posto che, ad ogni modo, il rischio di una regolazione arbitraria e unidirezionale sarebbe stato prontamente smentito dal tenore letterale del c.d. decreto Milleproroghe al tempo vigente, che prevedeva la necessaria recezione del nuovo sistema tariffario all'interno degli atti convenzionali tra le parti affinché lo stesso diventasse operativo<sup>48</sup>.

Per quel che concerne la violazione del *pacta sunt servanda* e del legittimo affidamento, invece, gli uffici dell'Autorità hanno evidenziato come, secondo consolidata giurisprudenza<sup>49</sup>, tali principi non siano assoluti, consentendo la modifica dei rapporti di durata laddove interessi pubblici sopravvenuti esigano l'adozione di interventi di riforma, sempre nel rispetto, tuttavia, degli assiomi di proporzionalità e ragionevolezza<sup>50</sup>. Sulla base di tale limitazione, le obiezioni avanzate dai concessionari in riferimento all'illegittimità costituzionale e alla violazione del diritto europeo delle disposizioni del Decreto Genova sono state quindi respinte dai giudici amministrativi nei giudizi

46. La differenza tra le due normative è ripercorsa altresì dalla sentenza già prima richiamata del TAR Valle d'Aosta, n. 22/2020, la quale riporta che *“con la procedura di infrazione si censurava lo Stato italiano per un intervento che non rendeva chiare agli investitori le condizioni specifiche e obiettive alle quali le concessioni sarebbero state rinnovate o ritirate; problematiche ben diverse dal meccanismo di revisione tariffaria; la Commissione dubitava poi che l'intervento legislativo non fosse chiaro né coerente nei suoi intenti e si preoccupava di possibili effetti di disparità di trattamento, tutti aspetti che risultano estranei alla normativa qui in discussione, la quale anzi, prevedendo un sistema di regolazione unitario e trasparente in luogo di singole concessioni legificate il cui contenuto economico non è ritenuto ostensibile dagli interessati rende certamente miglior servizio alla parità di trattamento”*.

47. Come si vedrà in seguito, tuttavia, non vi è unanimità tra gli studiosi del settore riguardo alla maggiore competenza dell'Autorità nel campo tariffario, anche a fronte di una prospettiva comparata.

48. Si fa riferimento al d.l. 30 dicembre 2019 n. 162, convertito dalla l. 28 febbraio 2020 n. 8 (c.d. decreto Milleproroghe, al quale, come si vedrà più avanti, hanno fatto seguito molti altri decreti), così come riportato nel Settimo rapporto annuale dell'Art al Parlamento, p. 31. Tale necessaria recezione varrebbe dunque ad escludere l'illegittima imperatività delle deliberazioni, confermando di contro il mantenimento di un'intesa necessaria tra istituzioni pubbliche e concessionari.

49. *Ex multis*, Corte costituzionale, 24 gennaio 2017 n. 16; Corte costituzionale, 26 aprile 2018 n. 89; Corte costituzionale, 22 ottobre 2010 n. 302; Corte di giustizia dell'Unione europea, sez. I, 21 marzo 2019, C-702/17 – Unareti S.p.a., e, sez. X, 1° marzo 2022, cause riunite C-306/19, C-512/19, C-595/19 e da C-608/20 a C-611/20.

50. In particolare, le pronunce intervenute sul tema hanno ammesso un sindacato di proporzionalità (come definito dalla Corte di giustizia) e di ragionevolezza (per come declinato dalla Corte costituzionale) in merito alle modifiche introdotte nei rapporti di durata, ribadendo come il legittimo affidamento non impedisca al legislatore di riformare la disciplina di rapporti giuridici in senso sfavorevole per gli interessati, purché ciò avvenga senza intaccare la certezza giuridica e la razionalità intrinseca che deve connotare la disciplina dei rapporti di durata (*ex multis*, sentenze della Corte costituzionale del 31 marzo 2015 n. 56; sentenza 18 luglio 2014 n. 219; sentenza 4 giugno 2014 n. 154).



sulle delibere impugnate, sostenendo l'emendabilità dei rapporti pattizi laddove, come nei casi di specie, non venga a essere intaccata la razionalità e la certezza della disciplina sottostante<sup>51</sup>. Contrariamente a quanto sostenuto dai concessionari – i quali hanno altresì criticato la non corretta definizione dell'ambito oggettivo di applicazione del nuovo sistema tariffario, la presunta violazione dei limiti di potere attribuiti all'Art e, non per ultimo, il mancato rispetto dei principi in tema di tempo della legge, posti i possibili effetti retroattivi della regolazione<sup>52</sup> – i giudici amministrativi hanno infatti constatato come il principio di legittimo affidamento sia stato nel tempo declinato nel senso della statica immodificabilità dei rapporti e del sistema tariffario, impedendo di fatto e in modo illegittimo la riforma di interi settori economici in virtù del vincolo stipulato con i privati<sup>53</sup>.

L'eterointegrazione attuata da parte dell'Autorità, andando a incidere *pro futuro* sugli effetti della concessione, appare invece legittima a detta di tale ricostruzione non solo per la prevedibilità e per la chiara definizione degli interessi in gioco ma anche in considerazione della natura pubblicistica che deve essere riconosciuta alla concessione autostradale<sup>54</sup>. Trattandosi infatti di una concessione di servizio pubblico con cui viene affidata la gestione di un bene comune di rilievo strategico, di durata particolarmente lunga e connotata da rilevanti profili di interesse generale<sup>55</sup>,

51. I limiti del *pacta sunt servanda* in contrapposizione al principio *rebus sic stantibus* vengono affrontati anche nella Relazione della Commissione di studio per l'individuazione di modalità di aggiornamento e di revisione del sistema delle concessioni autostradali, nominata dal Ministero delle infrastrutture e delle mobilità sostenibili (MIMS) a gennaio 2022 e presieduta dal Prof. B.G. Mattarella, p. 29 ss., che avanza una serie di proposte per semplificare il settore autostradale. A tal proposito si richiama G. OSTI, voce *Clausola "rebus sic stantibus"*, Noviss. dig. it., III, Torino, 1959, p. 353 ss.; in materia di sopravvenienze e di rinegoziazione, cfr. G. VILLANACCI, *Interessi e sopravvenienze contrattuali*, in *Persona e mercato*, 2015, p. 59 ss.; M. AMBROSOLI, *La sopravvenienza contrattuale*, Milano, 2002, p. 3, per cui occorre individuare un livello di mediazione tra l'esigenza di assicurare alle parti l'idoneità del contratto a soddisfare gli interessi individuali e la contrapposta esigenza di assicurare la certezza delle situazioni giuridiche.

52. Per la cui puntuale trattazione si rinvia alla Relazione istruttoria degli Uffici dell'Art.

53. Tale posizione è stata da ultimo ribadita nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI. 9 febbraio 2024 n. 1324, che una volta richiamate le sentenze Corte costituzionale, 24 gennaio 2017 n. 16 e la Corte di Giustizia UE, Sez. I, 11 giugno 2015, n. 98, ribadisce la legittimità costituzionale e comunitaria delle delibere adottate dall'Art per la definizione dei modelli tariffari e dei poteri ad essa attribuiti con il c.d. Decreto Genova.

54. L'integrazione dei contratti di durata in corso attuata dall'Autorità di regolazione dei trasporti appare dunque equilibrata e pronosticabile in quanto rientrante nello sforzo esigibile dal gestore del servizio, così come definita dalla Relazione della Commissione per l'individuazione di modalità di aggiornamento e revisione del sistema delle concessioni autostradali in Italia, presentata al Ministro delle Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili il 10 ottobre 2022, p. 31. A tal proposito preme segnalare, come evidenziato anche dall'Art all'interno della Relazione istruttoria al procedimento di consultazione preventiva prima richiamato, che l'unica novità introdotta dal Decreto Genova riguarda la sostituzione del soggetto preposto all'esercizio dei poteri regolatori, non essendoci alcun profilo di cambiamento rispetto al versante del metodo tariffario utilizzato, il quale resta basato sul metodo *price cap* sin dalla l. n. 498/1992.

55. Sul punto, cfr. TAR Veneto, sez. I, 25 novembre 2020 n. 1128.

i Tribunali non hanno ritenuto fondato il richiamo alla violazione del principio del legittimo affidamento per la mera correzione delle regole di tale gestione nei termini di una maggiore efficienza nell'uso delle risorse<sup>56</sup>, come (si sostiene sia) avvenuto nel caso di specie<sup>57</sup>.

Il filone di sentenze, per il momento tutte conformi, intervenute nei giudizi di impugnazione delle delibere definenti il regime tariffario unico<sup>58</sup> ha pertanto ribadito nel campo delle concessioni autostradali i principi elaborati dalla giurisprudenza costituzionale, eurounitaria e amministrativa in merito alla modificabilità dei rapporti di durata, corroborando in larga parte (come prima

56. Sul punto, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. VI, 1° luglio 2020 n. 4215; Consiglio di Stato, sez. VI, 26 maggio 2021 n. 4069; Consiglio di Stato, sez. VI, 4 maggio 2022 n. 3484. Allo stesso modo, Consiglio di Stato, sez. VI, 14 ottobre 2022 n. 8765 (in riforma della sentenza del TAR Veneto, sez. I, 25 novembre 2020 n. 1128, prima richiamata), per cui *“In linea di massima, quindi la regola è proprio siffatta eterointegrazione, non la conservazione, per cui il ius superveniens esclude l'esistenza d'un obbligo generale, immanente nell'ordinamento, di conservazione delle pattuizioni originarie. Un operatore economico prudente e accorto, come il concessionario autostradale, non può far valere una lesione dei principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento per il sol fatto che, in forza d'una normativa sopraggiunta che miri all'efficienza delle gestioni ed all'uso congruo delle proprie risorse, si modifichino le regole di tal gestione, in ultima analisi a tutela di beni pubblici, nonché dei consumatori”*. Le sentenze del Consiglio di Stato nn. 8765/2022, 3484/2022 vengono altresì richiamate nella Relazione annuale al Parlamento dall'Art per il 2023, p. 52 ss., in cui si ribadisce la posizione assunta dal Consiglio di Stato in merito al c.d. *ius variandi*.

57. Sulle caratteristiche del sistema tariffario unico si rinvia alle riflessioni di M. SEBASTIANI, *La regolazione delle autostrade*, in AA.VV., *Le concessioni di infrastrutture nel settore dei trasporti. Fra fallimenti dello Stato e fallimenti del mercato*, Rapporto 2019, cit., p. 191 ss.; M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione europea*, in M. FAIOLI (a cura di), *Il sistema autostradale per l'economia italiana ed europea*, cit., p. 72 ss., il quale, pur riconoscendo gli indubbi vantaggi della nuova tariffa, ritiene la riforma una modifica unilaterale ed autoritativa del procedimento di calcolo del regime tariffario, priva di alcun riguardo per il principio del *pacta sunt servanda*.

58. Si fa riferimento alle sedici delibere finali (numerate dalla 64 alla 79 del 2019) adottate il 19 giugno 2019, relative ai sistemi tariffari di pedaggio applicabili alle concessioni elaborate sulla base della Convenzione Unica Anas. Ai sistemi tariffari approvati a conclusione del procedimento sopra descritto, si aggiungono poi quelli relativi a tre concessioni il cui concedente non è, come nei casi precedenti, il Mit, bensì la società Concessioni Autostradali Lombarde S.p.A. (Cal), partecipata da Anas S.p.A. (Anas) e dalla Regione Lombardia, concessionaria della Tangenziale est esterna di Milano, Pedemontana Lombarda e Autostrade Bre.Be.Mi., approvati, rispettivamente, con delibera n. 29/2020, n. 106/2020 del 18 giugno 2020 e n. 87/2021 del 17 giugno 2021: i principi di regolazione economica applicati a tali concessioni sono stati sostanzialmente gli stessi di quelli contenuti nelle delibere del 2019, sia pure con alcuni adattamenti connessi alle specificità delle concessioni di cui trattasi. Diversa è la fattispecie che attiene alle tratte autostradali gestite dal Consorzio per le autostrade siciliane (Cas), nella quale la specificità è data dalla natura giuridica del concessionario, ente pubblico regionale sottoposto al controllo della Regione Sicilia. In ragione di tale specificità, l'Art ha avviato nel 2019 una serie interlocuzioni con il Mit e il Consorzio in merito all'attività di riconciliazione contabile che il concessionario stesso stava svolgendo, ai fini della definizione del pertinente sistema tariffario di pedaggio, avviando poi con delibera n. 136/2023 il procedimento di consultazione per la definizione del sistema tariffario.

anticipato) i ragionamenti espressi dagli uffici dell'Art all'interno della Relazione istruttoria al procedimento di consultazione per la definizione del sistema tariffario unico<sup>59</sup>.

I risultati delle verifiche di impatto e dell'attività di monitoraggio svolte nel corso del 2024 dagli uffici dell'Autorità sull'attuazione dei nuovi sistemi tariffari, insieme al ritardo riscontrato nella procedura di approvazione dei piani economico finanziari (Pef) di molti concessionari, tuttavia, hanno convinto da ultimo l'Art ad avviare un nuovo procedimento per l'aggiornamento del sistema di pedaggio autostradale<sup>60</sup> di cui, come si vedrà più avanti, si attendono ancora gli esiti, complice l'approvazione nel frattempo intervenuta della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023.

#### 4. Alcune riflessioni sulla riforma e sugli sviluppi successivi

Sebbene l'identità delle considerazioni espresse all'interno dei giudizi amministrativi e nei documenti dell'Autorità di regolazione dei trasporti lascerebbe deporre per la correttezza del nuovo regime tariffario unico e per l'effettiva ponderazione degli interessi coinvolti nel mercato autostradale, la riforma ha ricevuto pareri contrastanti dagli studiosi del settore.

Se da una parte infatti le disposizioni del Decreto Genova recuperano i progetti di regolazione interrotti nel 2011 e mirano a sanare la situazione di "cattura" che vedeva coinvolta anche l'Autorità di regolazione dei trasporti – rimediando, tra l'altro, alla posizione atipica da essa assunta all'interno dell'ordinamento italiano con riguardo alla non completa titolarità del potere tariffario<sup>61</sup> –,

59. A tal proposito le sentenze finora intervenute sia sul versante del fondamento normativo dei poteri regolatori intestati all'Art, sia con riferimento ai profili di merito tecnico della regolazione, sembrano cristallizzare alcuni elementi in materia di eterointegrazione dei rapporti di durata: (i) è possibile l'eterointegrazione del contratto di concessione, a condizione che essa sia legislativamente fondata, sia prevedibile e non abbia effetti retroattivi, così che risulti tutelato l'affidamento della controparte privata; (ii) è possibile che la disciplina venga modificata *in pejus*, se ciò è necessario per ristabilire l'equilibrio contrattuale e la tutela degli interessi pubblici sottesi al rapporto concessorio originale; (iii) il mancato accoglimento delle modifiche contrattuali compatibile con il quadro giuridico di riferimento delineato giustifica la risoluzione del rapporto per mancata intesa tra le parti. Così la Relazione della Commissione per l'individuazione di modalità di aggiornamento e revisione del sistema delle concessioni autostradali in Italia, cit., p. 32.

60. Cfr. Delibera n. 62/2024 del 16 maggio 2024. Tali considerazioni sono confermate, da ultimo, nella sentenza Consiglio di Stato, sez. VI, 30 aprile 2025, n. 3678, con cui, nel solco dell'unanime giurisprudenza pronunciata in materia, è stata ribadita, ancora una volta, la piena legittimità dell'impianto regolatorio definito dall'Autorità all'esito del procedimento avviato con la delibera n. 16/2019, così come riportato all'interno della Relazione Annuale dell'Art resa al Parlamento il 17 settembre 2025.

61. Sotto un profilo comparatistico, l'attribuzione tardiva del pieno potere tariffario all'Art per le concessioni autostradali già in essere per mezzo del Decreto Genova ha rappresentato infatti un episodio dissonante se confrontata con l'esperienza delle altre autorità indipendenti presenti nel territorio italiano, la maggior parte delle quali ha acquistato il potere di definizione delle tariffe per effetto di una progressiva sostituzione rispetto alle competenze prima affidate al Ministero di riferimento. Sul passaggio dello strumento tariffario nelle mani del regolatore per

dall'altra parte non appaiono del tutto infondati i timori che lo Stato abbia agito in parte d'impulso nella ridefinizione del panorama istituzionale, muovendosi sull'onda del turbamento popolare che, a seguito dei fatti del ponte Morandi, ha travolto l'intero settore autostradale<sup>62</sup>, arrivando perfino a interessare lo stesso modello concessorio<sup>63</sup>.

L'introduzione delle modifiche tariffarie accanto alle disposizioni di carattere emergenziale, certo più urgenti, lascia intendere infatti un forte desiderio di riforma maturato nel tempo da parte del legislatore, che forse ha ecceduto nell'ambizione di rottura con il passato, sorvolando sulle ragioni storiche e politiche dell'affidamento in concessione e sulle circostanze che hanno condotto alla c.d. cattura del regolatore<sup>64</sup>.

Non bisogna infatti dimenticare che tra i motivi alla base dell'impiego dello strumento concessorio e, in parte, della differenziazione delle formule tariffarie, vi era l'obiettivo di introdurre un regime di concorrenza per il mercato all'interno del settore autostradale<sup>65</sup>, affidandone in sostanza l'effettiva gestione a soggetti dotati di maggiore esperienza e *know-how* nella gestione delle reti

effetto di tale sostituzione, si vedano, *ex multis*, S. FOÀ, *Autorità di regolazione, nuovo indirizzo politico e cattura dal mercato*, *Diritto amministrativo*, n. 4, 2020, p. 765 ss.; S. CASSESE, *La nuova costituzione economica*, in S. CASSESE (a cura di), *La nuova costituzione economica*, Roma-Bari, 2021, p. 395; A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo Stato regolatore*, Bologna, 2000; G. NAPOLITANO, *Servizi pubblici e rapporti di utenza*, Padova, 2001, p. 306 ss.

62. Sul punto, cfr. C. AMALFITANO, M. CONDINANZI, *Concessioni autostradali e vincoli europei*, *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 6, 2018, p. 955 ss.; F. SPANICCIATI, *Il "Decreto Genova" quale estremizzazione della deroga emergenziale*, *Giornale di diritto amministrativo*, n. 1, 2019, il quale sottolinea come l'approntamento di misure contingenti per fronteggiare la tragedia si sia presto trasformato in un pretesto per impostare una nuova architettura del sistema autostradale (che altrimenti risulterebbe di ardua e lunga implementazione in via ordinaria), con norme eterogenee e di dubbia emergenzialità.

63. Il crollo del viadotto Polcevera ha infatti riaperto il dibattito concernente la possibile nazionalizzazione del settore autostradale e l'abbandono del modello concessorio, su cui, *ex multis*, P. BELARDINELLI, C. STAGNARO, *Il sistema autostradale italiano: efficacia ed efficienza*, in M. FAIOLI (a cura di), *Il sistema autostradale per l'economia italiana ed europea*, cit., p. 1 ss.; C. SCARPA, *Più che nazionalizzare qui bisogna normalizzare*, *lavoce.info*, 4 settembre 2018; G. PROFETA, *La fisionomia delle concessioni autostradali: un pendolo tra pubblico e privato*, *federalismi.it*, n. 22, 22 luglio 2020, per il quale lo strumento concessorio è stato ingiustamente demonizzato. Sul punto, v. L. SALTARI, *Nelle autostrade si può fare a meno delle concessioni?*, *Munus*, 2, 2018, il quale osserva che difficilmente si potrà fare a meno in futuro del modello giuridico delle concessioni autostradali perché un'eventuale pubblicizzazione delle autostrade avrebbe costi alti e non garantirebbe automaticamente un'efficienza superiore nella gestione del servizio.

64. A tal proposito M. MACCHIA, *Le concessioni autostradali: criticità e prospettive alla luce del quadro di regolazione europea*, in M. FAIOLI (a cura di), *Il sistema autostradale per l'economia italiana ed europea*, cit., p. 72, parlando delle spinte per la nazionalizzazione del settore autostradale, riporta che sembra esserci poca memoria delle ragioni che hanno portato al modello concessorio e ad abbandonare l'assetto dello Stato imprenditore: i suoi vizi, le logiche clientelari che ne ispiravano l'attività, l'incapacità gestionale, l'incertezza giuridica, la paralisi politica. Il ritorno alla nazionalizzazione non appare inoltre facilmente praticabile nemmeno sotto un profilo squisitamente giuridico per i vincoli derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.

65. Sulla differenza tra concorrenza *per o nel* mercato, cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2022, p. 364 ss. Sulla configurabilità della formula della concorrenza per il mercato o concorrenza per il monopolio

rispetto alle istituzioni statali<sup>66</sup>. In questo modo, la volontà dello Stato era stata quella di sovrapporre l'interesse pubblico a quello dei privati concessionari e di – tentare di – abbandonare così le vesti di imprenditore e proprietario a favore di quelle di regolatore, instaurando un proficuo dialogo all'interno del rapporto concessorio<sup>67</sup>.

Poste tali premesse e tralasciando in questa sede di ripercorrere più approfonditamente i fattori che hanno portato gradualmente alla distorsione di tale progetto fino a determinare la “cattura” del regolatore-concedente<sup>68</sup>, la bontà delle decisioni di riforma da ultimo adottate potrebbe essere messa alla prova da una serie di considerazioni di diversa natura, provenienti dal panorama giuridico nazionale e dal confronto con l'esperienza di altri Paesi.

Partendo da quest'ultimo punto, la scelta del Decreto Genova di ricondurre il potere tariffario nell'ambito delle competenze dell'autorità preposta al controllo del settore autostradale rappresenta infatti una soluzione inusuale se paragonata all'assetto regolatorio adottato all'interno di altri Paesi, in cui la definizione del pedaggio è rimasta oggetto della negoziazione tra le parti del rapporto concessorio anche a seguito dell'istituzione di soggetti regolatori, proprio in ragione della maggiore *expertise* maturata dai concessionari autostradali nel corso degli anni e della considerazione privatistica che viene attribuita allo strumento tariffario, laddove utilizzato<sup>69</sup>.

e sulla diversificazione tra i gestori delle singole tratte autostradali come espediente per introdurre forme di concorrenza comparativa (nota come *yardstick competition*) all'interno del settore, si veda C. ACOCCELLA, *Ancora sulla tensione tra pubblico e privato: il caso della realizzazione e gestione delle opere infrastrutturali nel comparto autostradale*, *federalismi.it*, n. 23, 5 dicembre 2018, p. 28.

66. Il momento della c.d. “cattura del regolatore” deve essere infatti collocato ben prima dell'elaborazione della delibera Cipe n. 319/1996, già alla metà degli anni Settanta, anni in cui lo Stato si trova a confrontarsi con soggetti, quali ad esempio Società Autostrade, molto più preparati e competenti, dotati di autorevolezza di gran lunga più ampia di quella detenuta dal concedente stesso nel campo della gestione di infrastrutture complesse.

67. Sulle difficoltà dello Stato italiano ad abbandonare totalmente le vesti di imprenditore per la cultura giuridica che lo contraddistingue, si veda S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, in G. TESAURO, M. D'ALBERTI (a cura di), *Regolazione e concorrenza*, Bologna, 2001, p. 1. Tale riluttanza ad abbandonare le precedenti funzioni è visibile anche all'interno del settore autostradale, come evidenziato da L. BENFRATELLO, A. IOZZI, P. VALBONESI, *Privatisation, regulation and productivity in the Italian motorway industry*, SIEP, 2006, per i quali alla base della flessibilità accordata per la definizione del fattore X all'interno della delibera Cipe n. 319/1996 vi era in realtà l'intenzione dello Stato di continuare a controllare l'equilibrio economico finanziario dei concessionari e del settore autostradale in sé.

68. Fattori che possono essere ricondotti, in primo luogo, alla scelta originaria dello Stato di affidare la materia tariffaria non a un'autorità indipendente *ad hoc*, dotata di poteri regolatori, bensì al Cipe, organo di natura politica e, a conti fatti, all'Anas, poi sostituita direttamente dagli uffici del Ministero, almeno fino all'introduzione della Art.

69. A tal proposito, si possono richiamare l'esperienza francese (dell'Autorité de régulation des transports) e inglese (dell'Office for Rail and Road), con le dovute differenze per l'assetto di regolazione e di remunerazione della gestione autostradale attuato nei diversi Paesi. Per approfondire la prospettiva comparata rispetto a queste realtà, si veda, *ex multis*, M. CONTICELLI, *La Francia: il nodo dell'influenza dei concessionari*, in L. SALTARI, A. TONETTI



D'altro canto, posta la natura industriale e commerciale dell'attività svolta da parte dei concessionari, secondo diversi studiosi la gestione della rete autostradale dovrebbe essere in parte sottratta al rispetto delle regole prettamente pubblicistiche, come emerso anche nei ragionamenti del giudice delle leggi in merito all'illegittimità costituzionale dell'art. 177 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 (c.d. vecchio Codice dei contratti pubblici) per violazione della libertà di iniziativa economica riconosciuta ai concessionari autostradali<sup>70</sup>. In tal senso la Corte, sottolineando la necessità di bilanciare il perseguimento degli obiettivi di concorrenza e di pubblica utilità con gli interessi dei privati, ha riconosciuto ai concessionari importanti margini di libertà

(a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade, in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit.; C. di SERI, *Il Regno Unito: La virtuosa partnership pubblico-privato*, in L. SALTARI, A. TONETTI (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade, in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit.; G. MOCAVINI, *Gli Stati Uniti: La rilevanza strategica delle reti federali*, in L. SALTARI, A. TONETTI (a cura di), *Il regime giuridico delle autostrade, in Italia, in Europa e nelle principali esperienze straniere*, cit. per un confronto oltreoceano. In particolare, si veda il Rapporto OXERA, *La regolazione delle autostrade: caso italiano e confronto internazionale*, 2019, p. 30, in cui si riporta che il modello del regolatore indipendente con poteri di vigilanza e di regolazione è quello che ha trovato minore applicazione nel settore autostradale in Europa. La maggior parte dei regimi vigenti in Europa per il settore dei trasporti, con riferimento alla definizione del metodo tariffario e degli *standard*, prevede infatti l'elaborazione degli stessi da parte del Governo, o indirettamente mediante un'agenzia (come accade nel caso dell'Austria, dove vengono elaborate dall'impresa pubblica, ASFINAG, che gestisce la rete e approvate dal Ministero dei Trasporti) o direttamente attraverso strutture dei ministeri stessi (è il caso ad esempio della Francia e della Spagna). Infatti, il modello di regolazione di tradizione anglosassone che prevede un'autorità indipendente per la definizione del metodo tariffario tarda ad affermarsi per le infrastrutture di trasporto, anche per la mancanza di indicazioni cogenti su questo punto all'interno della direttiva Eurovignette e delle successive modifiche alla stessa.

70. Si fa riferimento alla sentenza della Corte costituzionale del 23 novembre 2021 n. 218, con cui il giudice delle leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 177, d.l. 18 aprile 2016, n. 50, Codice dei contratti pubblici allora vigente per violazione degli artt. 3, comma 1 e 41, comma 1, della Costituzione, nella parte in cui obbligava i titolari delle concessioni in corso di svolgimento, non assegnate con la formula della finanza di progetto o con procedure a evidenza pubblica, a esternalizzare, mediante affidamenti a terzi con procedura di evidenza pubblica, l'ottanta per cento dei contratti di lavori, servizi e forniture, relativi alle concessioni di importo pari o superiore a 150.000 euro, nonché a realizzare la restante parte di tali attività tramite società *in house* o società controllate o collegate ovvero operatori individuati mediante procedura ad evidenza pubblica, anche di tipo semplificato. La Corte ha quindi ritenuto tali disposizioni eccessivamente lesive della libertà di iniziativa economica riconosciuta ai concessionari autostradali, in quanto rivolte più a favorire l'apertura alla concorrenza e a cercare di rimediare agli errori passati degli affidamenti in concessione senza gara che ad assicurare una maggiore utilità della gestione autostradale, imponendo da ultimo ai concessionari l'adozione di misure giudicate irragionevoli e sproporzionate. Sul punto, A. GIACALONE, M. LOMBARDO, *La Corte costituzionale sugli affidamenti dei concessionari, Urbanistica e appalti*, n. 3, 2022, p. 317 ss.; per la modifica della disciplina con riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici, cfr. G. BALOCCO, G. SCACCHERI, *L'obbligo di esternalizzazione per le concessioni originariamente affidate senza gara, Urbanistica e appalti*, n. 2, 1° marzo 2024, p. 176 ss.; sul rapporto tra concorrenza e iniziativa economica, *ex multis*, M. DELSIGNORE, *Il contingentamento dell'iniziativa economica privata*, Milano, 2011.

nella gestione<sup>71</sup>, operando una lettura dei rapporti tra Stato e concessionari che parrebbe discostarsi dall'assetto prettamente pubblicistico emerso dalle sentenze del Consiglio di Stato prima richiamate e, quindi, per l'illegittimità di interventi arbitrari e unilaterali all'interno dei rapporti di durata.

La natura pubblicistica dei rapporti concessori e il regime di specialità accordato alla concessione vengono tuttavia ribaditi anche nella recente sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI. 9 febbraio 2024 n. 1324, che, con riferimento al nuovo Codice dei contratti pubblici, e in particolare all'art. 189 d.lgs. n. 36/2023, riporta come il rapporto tra concedente e concessionario risulterebbe connotato dalla previsione di penetranti poteri di modifica unilaterale del contratto in capo al concedente durante il periodo di efficacia della concessione, per via dei prevalenti interessi pubblici in gioco<sup>72</sup>.

La situazione appare pertanto ben più complicata e lontana dalla definizione di quanto potrebbe sembrare a un primo sguardo.

Non da ultimo, il nuovo sistema di calcolo delle tariffe è stato infatti censurato da alcuni commentatori per il collegamento tra il procedimento di aggiornamento tariffario e quello di approvazione dei piani economico finanziari (Pef) delle concessioni autostradali, che il legislatore ha posto a fondamento della reiterata proroga dei termini per la conclusione di entrambi i procedimenti per mezzo del d.l. 30 dicembre 2019 n. 162<sup>73</sup> e dei successivi decreti d'urgenza, proprio al fine di consentire che detto aggiornamento avvenga in conformità al nuovo meccanismo introdotto dalle

71. Come, ad esempio, la libertà di scelta spettante all'imprenditore, che si estrinseca, tra l'altro, nella scelta dell'attività da svolgere, nelle modalità di reperimento dei capitali, nelle forme di organizzazione della stessa attività, dei sistemi di gestione di quest'ultima e, non da ultimo, anche delle tipologie di corrispettivo, come indicato al punto 8.4. del Considerando in diritto della sentenza Corte costituzionale n. 218/2021.

72. Sul punto, si richiama quanto espresso all'interno della sentenza, che nella parte in Diritto, punto 3.1., riporta, in risposta alle censure concernenti la modificabilità unilaterale dei rapporti concessori, che *"Del resto, in generale, il diritto dei contratti pubblici, anche nel suo formante europeo (tra cui, segnatamente, la Direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione), ha, da sempre, approntato con riguardo alla fase della esecuzione, un regime connotato da una forte carica di specialità rispetto al diritto comune, animato dalla necessità di temperare il carattere negoziale dell'atto ed il dogma della stabilità contrattuale (espresso dal principio per cui pacta sunt servanda) con la natura pubblica degli interessi in esso riversati. Ne è riprova la circostanza che anche il legislatore del nuovo Codice, nonostante la consacrazione, all'art. 8, del principio di autonomia contrattuale e la previsione, all'art. 12, comma 1, lett. b), di un 'rinvio esterno' generale al codice civile, ha inteso disegnare, nel solco della tradizione, un assetto dei rapporti tra parte pubblica e parte privata del contratto di appalto improntato a quella che è stata definita come una 'diseguaglianza secondaria'. Asimmetria che si traduce anche, nel campo delle concessioni, nella previsione di penetranti poteri di modifica unilaterale del contratto durante il periodo di efficacia in capo al concedente (si veda l'art. 189 del d.lgs. n. 36 del 2023, ampiamente ricognitivo del dettato dell'articolo 43 della direttiva 2014/23/UE)".*

73. Tale decreto, convertito con modificazioni dalla l. 28 febbraio 2020 n. 8, ha rinviato l'adeguamento delle tariffe autostradali ad un momento successivo alla conclusione del procedimento di aggiornamento del piano economico-finanziario, limitando l'applicazione della disposizione normativa ai soli concessionari il cui periodo regolatorio quinquennale fosse giunto a scadenza alla data di entrata in vigore del decreto in questione (art. 13,



delibere dell'Art<sup>74</sup>. La connessione tra tali procedimenti e la dilazione dei tempi regolatori sono stati criticati sotto il profilo della ragionevolezza e per la violazione dell'affidamento riposto dai concessionari sulla certezza dei rapporti, nonché con riferimento all'illegittima riproposizione di decreti-legge di identico contenuto<sup>75</sup>. D'altra parte, la questione del coordinamento tra i procedimenti per l'aggiornamento dei Pef e l'adeguamento delle tariffe autostradali è stata recentemente rimessa alla valutazione della Corte costituzionale grazie a una sentenza non definitiva del Consiglio di Stato, che ha sottolineato la potenziale violazione di diversi articoli della Costituzione con riferimento alla modifica attuata dall'art. 13, d.l. 30 dicembre 2019, n. 162 sugli aspetti procedurali dell'adeguamento delle tariffe<sup>76</sup>.

comma 3, d.l. 30 dicembre 2019 n. 162, meccanismo confermato nella Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023, all'art. 14, recante la disciplina transitoria applicabile alle concessioni in essere).

74. Si fa riferimento, in ordine, all'art. 13, comma 5, d.l. 31 dicembre 2020 n. 183 (convertito con l. n. 21/2021) che ha esteso la scadenza al 31 luglio 2021, modificando il termine stabilito dall'art. 13, comma 3, del d.l. 30 dicembre 2019 n. 162, convertito, con modificazioni, dalla l. 28 febbraio 2020 n. 8 “*non oltre il 31 luglio 2020*”; all'art. 2, comma 1, d.l. 10 settembre 2021 n. 121 (convertito con l. n. 156/2021) che ha prorogato la scadenza fino al 31 dicembre 2021 ed esteso il differimento “*a tutte le annualità comprese nel nuovo periodo regolatorio*”; all'art. 24, comma 10-bis, d.l. 27 gennaio 2022, n. 4 che ha introdotto, in sede di legge di conversione n. 25 del 28 marzo 2022, un'ulteriore proroga fino al 31 ottobre 2022; all'art. 10, comma 4, d.l. 29 dicembre 2022 n. 198 che ha differito il termine sino al 31 dicembre 2023; all'art. 8, comma 9, d.l. del 30 dicembre 2023 n. 215 (convertito con l. n. 18/2024), che ha posticipato il termine al 31 dicembre 2024.

75. La legittimità delle proroghe disposte con i numerosi decreti-legge intervenuti sul punto, nonché del collegamento tra la procedura di adeguamento tariffario e quella di approvazione dei Pef, viene questionata infatti, a commento della sentenza TAR Valle d'Aosta, Sezione Unica, 8 gennaio 2024 n. 3, da G. BALOCCO, G. SCACCHERI, *L'insostenibile leggerezza del Decreto Milleproroghe tra il mancato adeguamento tariffario e l'approvazione dei PEF*, *Giurisprudenza Italiana*, n. 11, 2024, p. 2440 ss., secondo i quali la legislazione d'urgenza messa in atto negli ultimi anni si pone in contrasto non solo del legittimo affidamento del concessionario in merito al puntuale rispetto delle tempistiche dell'assetto regolatorio, ma anche della libertà di iniziativa economica riconosciuta al concessionario stesso e della certezza del diritto, sostenendo la legittimità dei dubbi di costituzionalità evidenziati all'interno del contenzioso richiamato. Il giudizio di appello concernente la sentenza in oggetto è stato sospeso con ordinanza del Consiglio di Stato del 13 febbraio 2025, n. 1219, data la pendenza innanzi alla Corte costituzionale di una questione riguardante le medesime parti.

76. Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 15 gennaio 2025 n. 294, che ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 13, comma 3 del d.l. 30 dicembre 2019 n. 162 (poi convertito, con modificazioni, nella l. 28 febbraio 2020 n. 8), nella prima formulazione, e come modificato dall'art. 13, comma 5 del d.l. 31 dicembre 2020 n. 183, per violazione degli artt. 3, 77 e 97 Cost., oltre che degli artt. 11, 41 e 117, comma 1, Cost., anche per il tramite della disciplina interposta di cui agli artt. 49, 56 e 63 TFUE, nonché agli artt. 16 e 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e al Protocollo addizionale n. 1 alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e al principio *pacta sunt servanda*, nei sensi di cui in motivazione, al punto 26 della sentenza. In particolare, la questione da sottoporre alla Corte viene identificata all'interno del punto 26.6, secondo cui l'art. 13, comma 3 del d.l. 30 dicembre 2019 n. 162 prima formulazione, e come modificato dall'art. 13, comma 5 del d.l. 31 dicembre 2020 n. 183, potrebbe violare i principi

A queste perplessità vanno poi aggiunte quelle concernenti l'efficacia del sistema tariffario messo a punto dall'Art<sup>77</sup>.

Tali discussioni concernenti l'applicazione della nuova metodologia tariffaria non sono rimaste inascoltate da parte dell'Autorità di regolazione dei trasporti: a seguito dei risultati emersi dalla valutazione di impatto della regolazione (Vir) con riferimento agli effetti del sistema di pedaggio<sup>78</sup>, l'Autorità ha infatti adottato, in primo luogo, delle indicazioni operative sull'applicazione dei principi e dei criteri della regolazione economica indirizzate ai concessionari per la predisposizione delle proposte di Pef<sup>79</sup> e, in secondo luogo, ha avviato un'indagine conoscitiva finalizzata alla valutazione di eventuali ipotesi di revisione dei sistemi tariffari di pedaggio, in ragione dei cambiamenti nel frattempo intervenuti nel settore<sup>80</sup>.

Dalle analisi effettuate è apparsa evidente l'opportunità di intervenire sulla metodologia tariffaria sotto diversi profili<sup>81</sup>, sia attraverso l'adozione di indicazioni operative finalizzate a favorire una

costituzionali nella parte in cui prevede il differimento dell'adeguamento delle tariffe “*fino alla definizione del procedimento di aggiornamento dei piani economici finanziari*”. I termini della controversia e della questione di costituzionalità sono riassunti dall'Ufficio del Massimario del Consiglio di Stato nella News n. 17 del 24 febbraio 2025, che evidenzia al punto e) come la disciplina contenuta nell'art. 13, comma 3 del d. l. n. 162 del 2019, nella prima formulazione e come modificato dall'art. 13, comma 5 del d.l. n. 183 del 2020 (e dai successivi interventi sopra richiamati), appare in violazione degli artt. 3 e 77 Cost poiché (i) non è funzionale al raggiungimento dell'obiettivo dichiarato dal legislatore (“garantire la continuità dell'azione amministrativa”); (ii) non riveste carattere di urgenza; (iii) è sproporzionato; (iv) ostacola la continuità dell'azione amministrativa. La sentenza non definitiva, rinumerata come ordinanza n. 9/2025 è attualmente pendente innanzi alla Corte costituzionale, presso la quale il 25 giugno 2025 si è tenuta un'udienza pubblica.

77. In questo senso si richiama l'articolo di D. MARESCA, *Un nuovo modello per la realizzazione e gestione delle infrastrutture autostradali alla luce delle esigenze straordinarie e della ciclicità dello sviluppo delle infrastrutture*, federalismi.it, 20 marzo 2024, che sottolinea la somiglianza del modello tariffario al sistema adottato con la Delibera Cipe n. 39/2007.

78. Delibera n. 181 del 23 novembre 2023 “*Avvio della verifica di impatto della regolazione sulla metodologia alla base dei sistemi tariffari di pedaggio relativi alle concessioni autostradali adottati dall'Autorità*”.

79. Si fa riferimento alla Delibera n. 15 dell'8 febbraio 2024 “*Applicazione dei principi e dei criteri della regolazione economica delle concessioni autostradali approvati ai sensi dell'articolo 37, comma 2, lettera g) del d.l. 6 dicembre 2011, n. 201 - Indicazioni operative*” e al suo allegato.

80. Delibera n. 29 del 29 febbraio 2024 “*Sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni di cui all'articolo 37, comma 2, lettera g), del d.l. n. 201/2011 - Avvio di indagine conoscitiva*”. I risultati dell'indagine sono stati poi pubblicati con la Delibera n. 56 dell'8 maggio 2024, “*Sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni di cui all'articolo 37, comma 2, lettera g), del d.l. n. 201/2011 - Chiusura dell'indagine*”, con allegata la “*Indagine conoscitiva Sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni di cui all'art. 37, comma 2, lett. g) del d.l. n. 201/2011 - Relazione breve*”.

81. Ciò anche considerato, come riportato nella delibera n. 62/2024 del 16 maggio 2024, il prolungamento delle tempistiche di approvazione dei Piani economico finanziari delle società concessionarie, con conseguente dilazione nella realizzazione dei piani di investimento dei concessionari autostradali. I profili regolatori che potrebbero essere oggetto di aggiornamento riguardano: (i) l'adattabilità del *framework* regolatorio alle diverse tipologie di concessione; (ii) l'equilibrio economico delle gestioni in relazione all'effettiva allocazione dei rischi; (iii) i criteri di ammortamento dei beni reversibili; (iv) il tasso di remunerazione del capitale investito; (v) l'equità delle misure di

più puntuale applicazione dei pertinenti sistemi tariffari come approvati dall'Autorità, sia considerando eventuali ipotesi di aggiornamento da sottoporre a consultazione pubblica.

Come prima anticipato, l'Art ha dunque avviato a maggio del 2024 un procedimento per l'aggiornamento del sistema tariffario di pedaggio relativo alle concessioni autostradali di cui all'articolo 37, comma 2, lett. g), del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, di cui si attendono ancora i risultati. Dopo aver fissato inizialmente la scadenza al 20 dicembre 2024, l'Autorità ha infatti differito il termine di conclusione del procedimento al 31 marzo 2025<sup>82</sup>, considerata l'intervenuta approvazione del disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023, conformemente alle tempistiche previste dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza<sup>83</sup>, e la necessità di svolgere ulteriori approfondimenti istruttori alla luce delle disposizioni in esso contenute<sup>84</sup>. La complessità dei calcoli e delle valutazioni tecniche richieste hanno imposto tuttavia il differimento del termine di conclusione del procedimento – almeno fino a questo momento – al 31 ottobre 2025.

## 5. Sfide e prospettive: la Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023

Come le diverse opinioni e la moltitudine dei giudizi richiamati possono dimostrare, la regolazione del settore autostradale rappresenta ancora oggi un tema estremamente controverso, nonché oggetto di recenti e repentine trasformazioni, tenuto conto delle carenze strutturali e

salvaguardia adottate per le concessioni in essere; (vi) la metodologia per il recupero di produttività da efficientamento e le eventuali possibili deroghe; (vii) il meccanismo premiale/penale correlato alla qualità dei servizi; (viii) il meccanismo di poste figurative; (ix) il meccanismo di *revenue sharing*; (x) la definizione di criteri di formulazione delle previsioni di traffico; (xi) la definizione di criteri univoci per la modulazione tariffaria; (xii) l'adozione di specifici criteri di separazione contabile e contabilità regolatoria; (xiii) la predisposizione di adeguati strumenti, anche di natura informatica, da mettere a disposizione dei concessionari per la costruzione tariffaria; (xiv) le modalità e le tempistiche dei procedimenti amministrativi propedeutici al rilascio dei pareri Art; (xv) la definizione di proporzionate misure transitorie connesse all'entrata in vigore delle innovazioni al *framework* regolatorio.

82. Delibera n. 186/2024, del 18 dicembre 2024, che ha spostato il termine inizialmente previsto dalla delibera n. 62/2024. A questa prima proroga, tuttavia, ne sono seguite molte altre: si vedano la delibera n. 75/2025, del 15 maggio 2025, la n. 93/2025, dell'11 giugno 2025 e, da ultimo, la n. 150/2025, dell'11 settembre 2025, che ha spostato il termine di conclusione del procedimento al 31 ottobre 2025. Si segnala infine che l'Art con delibera n. 153/2025, dell'11 settembre 2025, ha deciso di collegare all'esito del procedimento avviato con delibera n. 62/2024 anche la definizione del tasso di remunerazione del capitale investito da utilizzare nell'ambito delle procedure di aggiornamento o revisione delle concessioni autostradali.

83. Nell'ambito della MIC2-11-12 Riforma 2 – “Leggi annuali sulla concorrenza”, il Pnrr italiano ha previsto infatti l'adozione della legge annuale per la concorrenza 2023 entro il 31 dicembre 2024.

84. Come riportato sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti al link <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/autostrade-nuovo-anno-senza-aumenti-tariffe-congelate-per-22-concessionarie>, fino all'introduzione del nuovo modello tariffario, a partire dal 1° gennaio 2025 le tariffe autostradali sono rimaste invariate per tutte le ventidue società concessionarie autostradali coinvolte nell'aggiornamento dei piani economico finanziari, grazie alla cooperazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e del Ministero dell'economia e delle Finanze, d'intesa con l'Art.

di sicurezza riscontrate a livello generale dopo i fatti del ponte Morandi<sup>85</sup> e dell'ingente disponibilità di risorse economiche derivanti dal Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza italiano per attuare interventi di riforma e di investimento infrastrutturale.

Occorre infatti ricordare, seppur incidentalmente, che il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti riveste un ruolo chiave nell'attuazione del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza, come dicastero destinatario del maggior numero di fondi europei (quasi 40 miliardi di euro)<sup>86</sup> e titolare di un ingente numero di investimenti, rientranti in varie Missioni<sup>87</sup>.

Tra gli obiettivi fissati all'interno del Pnrr, la legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023, approvata a dicembre del 2024<sup>88</sup>, ha introdotto diverse misure per innovare il settore autostradale, compresa la previsione di un quadro normativo all'interno del quale rendere obbligatorio lo svolgimento delle gare per i contratti di concessione (ed impedirne, da adesso in avanti, il rinnovo automatico<sup>89</sup>), salve le ipotesi consentite dalla legge per gli affidamenti a società interamente partecipate dallo Stato o a società *in house* appositamente costituite<sup>90</sup>.

85. Sulle condizioni di incuria delle infrastrutture autostradali, che hanno scosso l'opinione pubblica al punto di portare a questionare la validità del modello delle concessioni autostradali, si vedano le inchieste di F. PINOTTI, *Dieci i ponti crollati in cinque anni: in calo la manutenzione e gli investimenti*, per *Il Corriere della sera*, 14 agosto 2018; M. GABANELLI, F. PINOTTI, *Perché le autostrade italiane sono le più care d'Europa*, per *Il Corriere della sera*, 11 giugno 2018; F. GATTI, *Ruggine, corrosione e cemento sbriciolato: il drammatico degrado delle strade d'Italia*, per *L'Espresso*, 28 maggio 2021. Tra le attività intraprese dall'ANSFISA per la sicurezza delle infrastrutture autostradali si richiama a tal proposito l'approntamento delle Linee Guida sui sistemi di gestione della sicurezza, adottate con decreto direttoriale del 22 aprile 2022 dopo un lungo iter di consultazione con i concessionari autostradali: esse contengono informazioni, regole e procedure per costruire un sistema di gestione strutturato e condiviso delle attività di verifica, manutenzione e adeguamento delle reti di infrastrutture stradali. Le Linee guida sono consultabili sul sito <https://www.ansfisa.gov.it/>. Sui compiti attribuiti a tale Agenzia, si veda A. MONTESANO, *Concessioni autostradali e sicurezza delle relative infrastrutture: nuovi strumenti di monitoraggio e prospettive di sostenibilità*, in A. MONTESANO (a cura di), *Concessioni e trasporti procedure di affidamento e attività di vigilanza sulla gestione concessoria*, Torino, 2024, p. 129 ss.

86. Per un confronto delle risorse assegnate a ciascun Ministero si veda la tabella A allegata al decreto 6 agosto 2021, recante "Assegnazione delle risorse finanziarie previste per l'attuazione degli interventi del Piano nazionale di ripresa e resilienza (Pnrr) e ripartizione di traguardi e obiettivi per scadenze semestrali di rendicontazione", come modificata dal Decreto del Ministero dell'economia e delle finanze il 3 maggio 2024, pubblicata in GU 134 del 10 giugno 2024 e reperibile al link [https://www.mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/notizia/202406/tabella%20allegata%20al%20decreto%203%20maggio%202024\\_0.pdf](https://www.mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/notizia/202406/tabella%20allegata%20al%20decreto%203%20maggio%202024_0.pdf).

87. Tutte le informazioni sugli investimenti Pnrr di competenza Mit alla luce della rimodulazione del Pnrr sono già disponibili nella sezione Attuazione Misure Pnrr sulla pagina web del Ministero al link <https://mit.gov.it/comunicazione/news/attuazione-misure-del-piano-nazionale-di-ripresa-e-resilienza>, con informazioni aggiuntive sul raggiungimento degli obiettivi e traguardi legati al Piano e sullo stato di attuazione delle singole misure.

88. L. 16 dicembre 2024 n. 193, Legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023, pubblicata in Gazzetta Ufficiale n. 295 del 17 dicembre 2024. Per lo studio della legge si veda il *dossier* preparato dal servizio studi della Camera e Senato A.S. n. 1318, pubblicato il 4 dicembre 2024. Alcune disposizioni della legge n. 193/2024 sono state successivamente modificate dall'art. 11 del D.L. 73/2025.

89. Si fa riferimento in particolare all'art. 10 della l. 16 dicembre 2024 n. 193, il quale però, come disposto dall'art. 16 della legge, non si applica alle concessioni in essere.

90. Sul ricorso al modello *in house* in concomitanza al nuovo modello regolatorio avviato a seguito del Decreto

Per quanto riguarda la regolazione delle tariffe, la legge annuale ha disposto una nuova serie di poteri per l'Art con riferimento alle concessioni autostradali affidate a decorrere dal 1° gennaio 2025, inserendo all'art. 37, co.2, del d.l. n. 201/2011, la lettera g-bis<sup>91</sup>): la legge prevede infatti che l'Autorità provveda a stabilire il sistema tariffario per la definizione delle tariffe basato sul modello del *price cap*, con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale per ciascuna concessione, disponendo che, in coerenza con quanto previsto dalla direttiva (UE) 2022/362 del Parlamento europeo e del Consiglio, il sistema per l'individuazione delle tariffe debba essere calcolato in base alla distanza percorsa sull'infrastruttura autostradale, ai flussi di traffico e all'indice inflativo stimato alla data di sottoscrizione o aggiornamento del Pef, tenendo conto anche delle caratteristiche intrinseche del tracciato autostradale, delle infrastrutture e dei manufatti presenti<sup>92</sup>. Una volta definito il modello tariffario dall'Art, le tariffe verranno applicate dall'ente concedente all'interno degli schemi di convenzione.

La legge dispone poi che le tariffe da pedaggio siano rimosse e accantonate ogni anno nel bilancio di esercizio dei concessionari in un fondo vincolato. Annualmente, la legge di bilancio determina inoltre le quote da imputare, rispettivamente, a due nuovi fondi da istituire nello stato di previsione del Mit, il Fondo nazionale per gli investimenti sulla rete autostradale e il Fondo per il riequilibrio economico-finanziario delle concessioni, prevedendone il trasferimento al bilancio dello Stato<sup>93</sup>.

Genova si veda, in particolare, J. BERCELLI, *Il sistema autostradale tra istanza autonomista, modello in house e regolazione indipendente*, *Munus*, n. 1, 2022, p. 17 ss.

91. L'art. 16, della l. 16 dicembre 2024 n. 193, recante Disposizioni di coordinamento normativo, apporta infatti importanti modifiche all'art. 37, comma 2, del d.l. 6 dicembre 2011 n. 201, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 2011 n. 214, concernente i compiti affidati all'Art: in primo luogo, dispone la sostituzione, all'art. 37, comma 2, lett. g), d.l. n. 201/2011 delle parole "nuove concessioni" con "concessioni affidate fino al 31 dicembre 2024"; in secondo luogo introduce un nuovo punto all'elenco di competenze dell'autorità, la lettera g-bis), con riferimento alle competenze per le concessioni autostradali affidate a decorrere dal 1° gennaio 2025. Oltre ai compiti di definizione tariffaria, richiamati nel testo, tale innovazione prevede che l'Art provveda "a definire, d'intesa con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e con il Ministero dell'economia e delle finanze, uno schema di bando-tipo di concessione e uno schema di convenzione-tipo, anche con riferimento agli affidamenti in house; a esprimere il parere di competenza sulla proposta di affidamento in relazione agli affidamenti con gara e in house nonché sugli aggiornamenti o sulle revisioni delle convenzioni autostradali; a definire gli schemi dei bandi relativi alle gare cui sono tenuti i concessionari autostradali per le nuove concessioni; a definire gli ambiti ottimali di gestione delle tratte autostradali, allo scopo di promuovere una gestione plurale sulle diverse tratte e di stimolare la concorrenza per confronto".

92. Così, l'art. 12, 1 comma, l. 16 dicembre 2024, n. 193, da ultimo modificato per mezzo dell'art. 11, comma 1, lettera d), del d.l. 21 maggio 2025, n. 73, che ha inserito un richiamo all'applicazione del sistema tariffario per l'individuazione delle tariffe adottato dall'Art. Il procedimento di definizione del sistema tariffario è stato avviato dall'Art con delibera n. 74/2025, del 15 maggio 2025, fissando inizialmente la scadenza per la conclusione del procedimento al 31 luglio 2025. Tale scadenza è stata poi differita con le delibere n. 92/2025, dell'11 giugno 2025 e n. 149/2025, del 11 settembre 2025 al 31 ottobre 2025.

93. Meccanismo disciplinato all'art. 12, comma 5, l. n. 193/2024, cui si rinvia la lettura. Tale provvedimento viene criticato all'interno della Memoria di Confindustria del 16 ottobre 2024, resa sul Disegno di legge annuale per il



Il mondo delle concessioni autostradali è quindi alle porte di una nuova epoca regolatoria che promette diversi cambiamenti radicali nel settore, sia per quanto riguarda la gestione delle tratte autostradali che la definizione dei pedaggi, ambito in cui l'Autorità di regolazione dei trasporti continua ad avere una posizione assolutamente centrale.

Le disposizioni della legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023 riguardanti la regolazione tariffaria potranno servire, non da ultimo, all'Autorità anche per l'aggiornamento del sistema tariffario per le concessioni esistenti; in questo senso, la normativa richiamata avrà un impatto immediato nel settore, stimolando sin da subito il dibattito con i concessionari autostradali<sup>94</sup>.

La prospettiva di una nuova riforma delle concessioni autostradali, di poco distante da quella avviata a seguito dei fatti del ponte Morandi e dalla definizione del primo sistema tariffario dell'Art, mette tuttavia in evidenza una serie di interrogativi che caratterizzano ancora il settore, come l'effettiva legittimità degli interventi effettuati, in via unilaterale, dal legislatore e la corretta natura da attribuire al rapporto concessorio nell'ambito del settore autostradale, elementi, invero, centrali su cui sembra non esserci ancora unanimità nel mondo del diritto<sup>95</sup>, date le caratteristiche

mercato e la concorrenza 2023, reperibile online al link <https://public.confindustria.it/repository/2025/03/27021918/DDL-Concorrenza-2023-Memoria-Confindustria.pdf>, ove si riporta che sarebbe opportuno adottare ulteriori previsioni atte a garantire la sostenibilità dei Pef dei diversi concessionari.

94. L'Autorità di regolazione dei trasporti nelle Osservazioni sul Disegno di legge annuale per il mercato e la concorrenza 2023 rese innanzi alla Camera dei Deputati - Commissioni Riunite X (Attività Produttive) e VIII (Ambiente), reperibile al link <https://documenti.camera.it/leg19/documentiAcquisiti/COM10/Audizioni/leg19.com10.Audizioni.Memoria.PUBBLICO.ideGes.47755.16-10-2024-18-51-09.627.pdf>, dopo aver mostrato generale apprezzamento per la riforma sia sotto il profilo sostanziale che sotto il profilo procedimentale, ha infatti aggiunto, con riguardo alle innovazioni introdotte: *“Si coglie l'occasione per segnalare che l'Art ha avviato, con la delibera n. 62/2024, un procedimento aggiornamento dei sistemi tariffari di pedaggio relativi alle concessioni autostradali, nel quale ha incluso tra i profili regolatori suscettibili di affinamento i criteri di ammortamento dei beni reversibili. Inoltre, anche sulla base delle innovazioni normative proposte, eventuali ulteriori profili regolatori potranno essere oggetto di uno o più specifici e separati procedimenti di prossimo avvio. Si osserva, altresì, che la disciplina delle componenti tariffarie di cui all'articolo 12 comma 3, risulta compatibile con l'attuale modello tariffario definito dall'Art”*.

95. Invero l'ammissibilità dello *ius variandi* pubblicistico viene trattata da M. RENNA, *Le concessioni autostradali: spunti a partire dai contributi di Marco D'Alberti*, in AA.VV., *Liber Amicorum per Marco D'Alberti*, Torino, 2022, p. 716 ss., il quale riporta che *“la tesi dello ius variandi pubblico assoggettato solo ai supremi e generalissimi principi di ragionevolezza e proporzionalità proietta più di un'ombra sulla matrice autenticamente negoziale delle convenzioni su cui le iniziative modificative di stampo unilaterale sono destinate a esprimersi”*, salvo poi sottolineare che non si possono sottovalutare le peculiarità del settore in cui la suddetta apertura giurisprudenziale verso lo *ius variandi* pubblico si colloca e che occorre procedere con cautela prima di trarre conclusioni affrettate sul piano della teoria generale. L'autore conclude poi che *“non sembra che il dato positivo, e in particolare quello relativo alle prerogative pubbliche di ius variandi, non sia idoneo a rappresentare un fondamento teorico sulla scorta del quale mettere in discussione la natura pattizia delle convenzioni accessive alle convenzioni”*, e che in questo caso occorre preferire un approccio pragmatico allo studio delle concessioni autostradali, basandosi sulla prassi e sulle caratteristiche del bene dato in concessione.



assolutamente peculiari delle concessioni in oggetto e la storia, non perfettamente lineare, che le contraddistingue.

Da una parte, infatti, al rapporto concessorio per la gestione delle infrastrutture autostradali deve essere riconosciuta una condizione di “specialità” tale da giustificare la deroga ai generali principi contrattualistici e privatistici, in virtù della prevalenza dell’interesse pubblico rispetto a quello, imprenditoriale, della gestione del bene<sup>96</sup>; dall’altra parte, il frenetico susseguirsi degli interventi normativi, non sempre coerenti, per definire tale regime di specialità ha portato autorevoli studiosi ad affermare, già da diversi anni, che “*non si conoscono precedenti di disordine legislativo di tale ampiezza ed intrico [...] in un settore tanto delicato per gli interessi di imprese e lavoratori che impegna*”<sup>97</sup>: i provvedimenti adottati del legislatore in materia, osservati nel lungo periodo, sono apparsi infatti ispirati principalmente da esigenze (di volta in volta) contingenti e non dal perseguimento di un disegno organico di ristrutturazione del rapporto concessorio, dando luogo a una continua oscillazione tra il prevalere di spinte pubblicistiche e la protezione degli affidamenti e degli investimenti dei concessionari<sup>98</sup> – oscillazione che forse potrebbe caratterizzare anche queste ultime riforme.

La rinnovata posizione attribuita all’Autorità di regolazione dei trasporti per la definizione dei modelli tariffari autostradali (futuri e passati, superando definitivamente il richiamato doppio binario) deve essere quindi accompagnata da una puntuale e matura riflessione sulle condizioni di esercizio del nuovo potere regolatorio; esso certamente deve sottostare al vaglio dei principi di proporzionalità, ragionevolezza, equità e non discriminazione<sup>99</sup>, ma necessita forse di una più

96. Sulla specialità dei contratti di concessione si veda anche U. FORTI, *Natura giuridica delle concessioni amministrative*, Giur. it., IV, 1900, p. 369 ss. Come chiarito infatti da L. SALTARI, C. CATALDI, *Le concessioni autostradali*, in AA.VV., *Le concessioni di infrastrutture nel settore dei trasporti. Fra fallimenti dello Stato e fallimenti del mercato*, Rapporto 2019, cit. p. 84 ss., “*le concessioni autostradali presentano, in realtà, un carattere misto, in quanto afferenti sia all’affidamento di lavori per la costruzione o la manutenzione straordinaria delle reti, sia alla ‘gestione di un servizio (passivo) di trasporto’ volto a garantire la mobilità degli utenti. Le concessioni autostradali non sembrano perciò pienamente riconducibili al genus sovranazionale delle concessioni, nel quale i moduli concessori sono inseriti in una dimensione privatistica, come si evince dalla ricostruzione della concessione stessa nei termini di un contratto a titolo oneroso ed in forma scritta avente ad oggetto l’affidamento, da parte di un’amministrazione aggiudicatrice, dell’esecuzione di lavori o la gestione di servizi in favore di un determinato operatore economico*”. Per un’altra ricostruzione, si veda L. SALTARI, *Le concessioni autostradali: un paradigma autonomo?*, cit., p. 1129, per cui la concessione autostradale risulta essere un ibrido tra quella di lavori e quella di servizi: il suo oggetto non collima pienamente né con l’una né con l’altra, consistendo tanto nell’affidamento di lavori per la costruzione di opere quanto nella successiva gestione del servizio di trasporto.

97. M.S. GIANNINI, *Punti fermi in tema di opere pubbliche*, Riv. trim. app., 1986 e ID., *Scritti*, vol. VIII, Milano, 2006, p. 645, richiamato anche da A. MARI, *Le infrastrutture*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 1861.

98. Così G. PROFETA, *La fisionomia delle concessioni autostradali: un pendolo tra pubblico e privato*, cit.

99. Sul punto S. CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, Mercato Concorrenza Regole, Rivista quadrimestrale, n. 2, 2002, p. 265-276.

ferma definizione dei principi di diritto posti alla base della sua esistenza e dei suoi confini applicativi, pena il continuo tentativo di delegittimazione dei sistemi tariffari per i rapporti concessori più risalenti<sup>100</sup>.

In attesa degli esiti del procedimento di aggiornamento del sistema tariffario di pedaggio avviato a maggio del 2024 possiamo dunque trarre alcune parziali considerazioni.

In primo luogo, l'assegnazione dei poteri consultivi e deliberativi in capo all'Autorità indipendente rappresenta un cambiamento radicale per lo Stato italiano, il quale dovrà il più possibile preservare i nuovi equilibri di leale collaborazione imposti tra le istituzioni statali ed evitare così l'affermarsi di dinamiche di esclusione come quelle che hanno caratterizzato i rapporti tra il Ministero e l'Art in passato.

In secondo luogo, all'Autorità di regolazione dei trasporti è sostanzialmente rimesso il delicato compito di promuovere la concorrenza, l'efficienza produttiva delle gestioni e il contenimento dei costi per gli utenti in un settore estremamente complesso: tale onere richiederà certamente un enorme sforzo normativo, nonché interpretativo-applicativo e regolatorio, di cui non si possono affrettare i tempi.

100. In altre parole, occorre soffermarsi con maggiore attenzione sul c.d. *ius variandi* affermato dalla giurisprudenza all'interno del settore autostradale. A tal proposito appare interessante richiamare quanto riportato dall'Aiscat (Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori) nelle osservazioni rese nel procedimento e indicazione della consultazione pubblica sugli elementi per la definizione dello schema di concessione e del sistema tariffario di pedaggio basato sul metodo del *price cap* con determinazione dell'indicatore di produttività X a cadenza quinquennale relativi alla tratta autostradale A22 Brennero-Modena, avviato con delibera n. 140 del 23 ottobre 2024, per cui *“In tale contesto le continue modifiche del quadro regolatorio, anche se applicate per nuovi affidamenti, nella pratica, determinano una situazione che nei fatti collide fortemente con i principi di certezza e trasparenza regolatoria. Tali principi sono stati rappresentati dalla stessa Autorità all'interno di recenti pubblicazioni sul settore, inclusi gli indirizzi contenuti nel documento Metodologia alla base dei sistemi tariffari di pedaggio relativi alle concessioni autostradali adottati dall'Autorità (Documento Vir). Tali continue modifiche al quadro regolatorio determinano infatti evidenti ripercussioni negative nella percezione del rischio da parte degli stakeholder, nonché tendono a delineare profondi profili di discontinuità e discriminazione all'interno del settore stesso, vanificando l'intento iniziale dell'Autorità di determinare un quadro regolatorio più omogeneo”*. Il procedimento avviato dall'Art con delibera n. 140/2024 si è poi concluso con la delibera n. 175/2024, pubblicata il 29 settembre 2024, alla cui relazione istruttoria si rinvia per ulteriori approfondimenti.

## **Cybersecurity e privacy in movimento: verso una nuova epistemologia dei dati e della responsabilità nella *smart mobility*\***

Nicola Pierpaolo Barbuzzi

Docente a contratto di Diritto privato presso l'Universitas Mercatorum di Roma, avvocato, PhD's

Gino Fontana

Avvocato, PhD

### **Abstract**

*Cybersecurity and privacy in motion: towards a new epistemology of data governance and responsibility in smart mobility ecosystem.*

*In the context of the pervasive digital transformation within the automotive industry, the issue of privacy and cybersecurity emerges as a complex, multifaceted challenge that converges legal and technical dimensions into an integrated framework. This evolving scenario necessitates a critical reassessment of traditional regulatory paradigms, prompting an ontological inquiry into the nature of data and its intrinsic value. From a legal perspective, blockchain technology presents itself as a pivotal epistemic tool capable of ensuring transparency, immutability, and trust within digital systems, thereby serving as a mechanism that bridges the gap between technological advancement and the safeguarding of individual autonomy, a cornerstone of human rights. Furthermore, the interconnection of digital mobility systems demands an interdisciplinary approach that reconciles the imperative for innovation with the need for flexible governance structures. In this regard, blockchain, in conjunction with evolving regulatory strategies, emerges as a paradigmatic solution, offering a balanced approach that protects privacy while fostering technological development. This framework lays the foundation for a secure and sustainable digital mobility ecosystem, where legal safeguards are aligned with technological progress.*

\* Sottoposto a referaggio. Nicola Pierpaolo Barbuzzi è autore dei paragrafi 1, 2, 4, 5 del presente scritto; Gino Fontana è autore del paragrafo 3.

*Nel contesto dell'incessante permeazione digitale nell'industria automobilistica, la problematica della privacy e della cybersicurezza si rivela come una sfida polimorfica in cui confluiscono dimensioni giuridiche e tecnico-informatiche in un intreccio sincretico. Tale scenario impone una decostruzione critica dei tradizionali paradigmi normativi richiamando una riflessione ontologica sulla natura dei dati e sul loro valore intrinseco. In quest'ottica, la tecnologia blockchain si propone quale strumento epistemico, capace di infondere trasparenza, immutabilità e fiducia nei sistemi digitali, fungendo da ponte fra il divenire tecnologico e la preservazione dell'autonomia individuale, fondamento di ogni diritto. L'interconnessione dei sistemi di mobilità digitale, infine, esige un approccio interdisciplinare che sappia armonizzare l'impulso innovativo con una governance flessibile, delineando così nuovi orizzonti di sicurezza in cui la blockchain, in sinergia con strategie normative rinnovate, rappresenta la risposta paradigmatica per il connubio tra sviluppo tecnologico e protezione della sfera privata, aprendo la via ad una mobilità digitale sostenibile e sicura.*

*Keywords: smart mobility, privacy, cybersecurity, blockchain, IoT.*

*Parole chiave: mobilità intelligente, privacy, cybersecurity, blockchain, IoT.*

**Sommario** – 1. Introduzione – 2. La transizione tecnologica degli autoveicoli e dei sistemi di connessione e raccolta dei dati – 3. Tipologie di dati personali, asset digitali e *blockchain*: privacy e prospettive di sicurezza – 4. *Cybersecurity* e privacy: il quadro normativo e regolamentare – 5. Conclusioni.

## 1. Introduzione

L'ibridazione della dimensione umana con quella tecnologica non poteva non coinvolgere l'automobile, dono di un ben noto spirito maligno<sup>1</sup>, in un'epoca in cui veicoli connessi, cooperanti e a guida autonoma iniziano a guadagnare sempre maggiori fette di mercato, ridefinendo la cornice concettuale della mobilità. Se in una prima fase la rivoluzione tecnologica è stata in grado di trasformare i *sapiens* in “*sapiens digitalis*”<sup>2</sup>, ora anche gli strumenti tecnologici in uso al *sapiens* diventano “intelligenti”, acquisendo capacità cognitive autonome, evolvendo in sistemi cyber-fisici in grado di interagire con l'ambiente esterno e con gli esseri umani in modo dinamico, contestuale

1. “Ma ricordate, anche se il dono è meraviglioso e rende migliore la vita di quasi tutti (eccetto, con il senno di poi, di quelli che vengono scelti come vittime), che se qualcuno rifiuta il dono e la maggior parte delle persone lo accetta, la vita di questa persona sarebbe molto peggiore di quella che era prima che il dono venisse offerto!”, G. CALABRESI, *Il dono dello spirito maligno. Gli ideali, le convinzioni, i modi di pensare nei loro rapporti col diritto* (a cura di), trad. di C. Rodotà, Milano, 1985.

2. P. BENANTI, *La necessità di una algoretica*, 2021, <https://www.osservatoreromano.va/it/news/2021-12/quo-289/la-necessita-di-una-algoretica.html> (ultimo accesso 04/04/2025).

ed adattivo. Tale trasformazione segna, tuttavia, una frattura epistemologica con il paradigma classico della tecnologia, quale mero prolungamento della volontà umana, configurando un nuovo assetto ontologico in cui l'intelligenza artificiale, qualora applicata agli autoveicoli, attraverso processi di *machine learning*<sup>3</sup> e *deep learning*<sup>4</sup>, consente a questi di apprendere dall'esperienza di guida e modificare i propri schemi operativi senza un intervento diretto del programmatore. Nel suo impianto originario, era l'etimologia stessa del termine macchina, dal greco *μηχανή* – *mēkhanē*, ad indicare la strumentalità dell'invenzione asservita alle necessità umane, padroneggiata da quest'ultimo attraverso la *τέχνη* – *téchne*; all'attualità la macchina *sapiens* pur restando, almeno per il momento, concettualmente vincolata ad un sistema di controllo e responsabilità umana, è in grado di emanciparsi nel perimetro etico e giuridico imposto, proponendosi come uno strumento intelligente in grado di aggiornarsi automaticamente *over the air*, autoregolarsi, evolversi apprendendo dai dati raccolti e risolvere problemi complessi come nel caso dei veicoli a guida autonoma, manifestando, al tempo stesso, capacità predittive e decisionali che, di fatto, ridefiniscono il concetto stesso di *liability* nel contesto della *smart mobility* ed ancora più in generale in quello delle *smart city*. Gli autoveicoli, immersi nell'infosfera, attesa la progressiva virtualizzazione della fisicità, saranno in grado di cooperare con oggetti privati della loro connotazione fisica, iniziando ad essere concettualmente "concepiti indipendentemente dal loro supporto materiale"<sup>5</sup>. Sul piano sistemico, allargando la lente analitica, ciò che sta mutando è il processo di validazione dei comportamenti, quel meccanismo di fiducia che classicamente

3. Il *machine learning* è una disciplina dell'intelligenza artificiale che si occupa dello sviluppo di algoritmi capaci di apprendere automaticamente dai dati, migliorando progressivamente le proprie prestazioni senza essere esplicitamente programmati per ogni singolo compito. Alla base di questo approccio vi è l'idea che i sistemi informatici possano identificare schemi, correlazioni e regolarità all'interno di grandi insiemi di informazioni, affinando la propria capacità decisionale attraverso l'esperienza.
4. Il *deep learning* è un ambito dell'intelligenza artificiale che si sviluppa all'interno dell'apprendimento automatico, e si concentra sull'addestramento di reti neurali artificiali per risolvere compiti complessi. Questo approccio prende ispirazione dal cervello umano, cercando di replicarne in forma semplificata il funzionamento: così come i neuroni biologici lavorano insieme per elaborare informazioni, anche le reti neurali artificiali sono composte da nodi interconnessi che collaborano per analizzare e interpretare i dati. A rendere il *deep learning* particolarmente potente è la sua capacità di apprendere in modo autonomo rappresentazioni astratte e stratificate dei dati. Questo avviene grazie alla struttura multilivello delle reti, dove ogni strato successivo elabora informazioni sempre più complesse. Il processo di apprendimento si basa in genere su grandi quantità di dati etichettati; durante l'addestramento, il sistema cerca di minimizzare l'errore tra le sue previsioni e le risposte corrette, modificando progressivamente i parametri interni – come pesi e *bias* – attraverso un meccanismo noto come *backpropagation*, che consente di correggere gli errori in modo efficiente. Tuttavia, il *deep learning* non si limita solo all'apprendimento supervisionato. Esistono anche tecniche che permettono alla rete di imparare da dati non etichettati, scoprendo autonomamente strutture o regolarità nei dati. È il caso, ad esempio, degli *autoencoder* o delle reti generative avversarie (GAN), utilizzate per compressione, generazione o rilevamento di anomalie.
5. Cfr. L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano, 2017.

veniva deputato ad organi di controllo statuali, che oggi, attraverso i sistemi di controllo distribuiti, come nel caso della *blockchain*, consentono di trasformare l'autovettura connessa o autonoma da mero mezzo meccanico di trasporto ad un'entità computazionale distribuita, parte di una rete neurale globale che raccoglie elabora e condivide dati in tempo reale, anche biometrici del conducente, dialogando e cooperando con altre infrastrutture intelligenti e con altri veicoli, in un orizzonte di *vehicle-to-everything* (V2X). In una prospettiva del genere è evidente come l'autovettura da mero strumento asservito alle umane necessità si trasformi in un partner cognitivo algoritmico, in grado di prendere decisioni in situazioni di emergenza, anche predittivamente, in tempi decisamente più performanti, rispetto ai classici tempi di reazione umana.

## 2. La transizione tecnologica degli autoveicoli e dei sistemi di connessione e raccolta dei dati

L'evoluzione del grado di autonomia dei veicoli è stato oggetto di approfondite analisi e classificazioni scientifiche, configurandosi come un tema di notevole interesse teorico e applicativo. Inizialmente, le indagini si sono concentrate sull'impiego del "locus of control" e sull'esame delle modalità mediante le quali le informazioni raccolte venivano trasmesse al conducente, stabilendo una scala progressiva che, partendo da un livello 1 in cui l'intero carico operativo della guida è demandato all'essere umano, culmina in un ipotetico livello 10, ove il sistema informatico si fa carico di tutte le operazioni, comprendendo la facoltà di comunicare le decisioni adottate<sup>6</sup>. Successivamente, il filone di studi si è orientato verso una definizione dell'automazione in termini di relazione tra il grado di intelligenza e l'autonomia all'interno del complesso sistema uomo-macchina<sup>7</sup>, per evolversi in una trattazione che classifica il livello di autonomia sulla base dell'efficacia del controllo in tempo reale del veicolo. In questo contesto, si evidenzia il passaggio da un livello 0 "manual control", nel quale il conducente non solo esegue ogni operazione – dal monitoraggio dello stato sistemico alla formulazione e selezione di specifiche opzioni prestazionali, fino alla loro concreta implementazione – a un grado di "full automation", ove il sistema operativo realizza autonomamente l'intera sequenza di azioni, escludendo ogni possibile intervento dell'utente<sup>8</sup>. Il legislatore italiano, pur in presenza di una più graduale tassonomia, ha privilegiato una classificazione ridotta in due ampie categorie, distinguendo nettamente i veicoli a guida autonoma da quelli a guida assistita. Nel dettaglio, il primo tipo è definito come "dotato di tecnologie capaci di adottare e attuare comportamenti di guida senza l'intervento attivo del guidatore, in determinati ambiti stradali e condizioni esterne", mentre il

6. Cfr. T.B. SHERIDAN, W.L. VERPLANK, *Human and computer control of undersea teleoperators*, Arlington, 1978.

7. Cfr. V. RILEY, *A general model of mixed-initiative human-machine systems*, 1989, <https://doi.org/10.1177/154193128903300227> (ultimo accesso 06/04/2025).

8. Cfr. M.R. ENDSLEY, D.B. KABER, *Level of automation effects on performance, situation awareness and workload in a dynamic control task*, in *Ergonomics*, 1999, v. 42(3), p. 462 ss.



secondo è descritto come “dotato di uno o più sistemi di assistenza alla guida, che vengono attivati da un guidatore al solo scopo di attuare comportamenti di guida da egli stesso decisi e che comunque necessitano di una continua partecipazione attiva da parte del conducente alla attività di guida”<sup>9</sup>. Di conseguenza, come ampiamente indicato dalla letteratura scientifica, nel caso dei veicoli a guida assistita, il conducente dovrà mantenere un monitoraggio costante del sistema e garantire, attraverso un controllo sia laterale che longitudinale, la disponibilità ad assumere il pieno controllo del veicolo in ogni istante, qualora se ne renda necessaria l’interruzione del circuito automatizzato<sup>10</sup>.

Tuttavia, l’automazione sia essa completa o solo quale guida assistita, necessita per poter funzionare di una infrastruttura che consenta al veicolo di dialogare con altri veicoli o con la casa produttrice. Tanto si è reso molto più praticabile a partire dal 2018, anno che segna il passaggio alla connettività a bassa latenza e banda larga del 5G; grazie a tale infrastruttura i veicoli, dotati di sistemi di raccolta dati connessi alla rete, sono in grado di coadiuvare in maniera più performante il conducente nell’esperienza di guida, ma anche la casa produttrice di parametri utili alla verifica del funzionamento dell’autoveicolo ai fini della manutenzione, presentandosi così come una delle più promettenti applicazioni pratiche dell’IoT (*Internet of Things*) ossia di quella nuova generazione di dispositivi connessi alla rete Internet in grado di scambiarsi ed elaborare dati<sup>11</sup>. Sarà, pertanto, possibile definire “connesso” quel veicolo in grado di utilizzare un insieme di tecnologie di comunicazione per scambiare informazioni direttamente con altri veicoli mediante una infrastruttura dedicata o mediante servizi *cloud*. Ad oggi, non esiste una vera e propria classificazione delle connessioni per i veicoli, essendo distinte solamente sulla scorta delle caratteristiche funzionali: l’interoperabilità, l’adeguatezza ad applicazioni di sicurezza attiva nella guida, l’interazione generalizzata con il veicolo. Nel dettaglio, l’interoperabilità attiene alla capacità assunta dal veicolo di poter dialogare con altri interlocutori in diversi contesti attraverso un unico linguaggio e per la stessa applicazione, come nel caso di veicoli di diverse case produttrici in grado di dialogare – senza soluzione di continuità – con sistemi a bordo strada. Il secondo requisito dell’adeguatezza attiene alla capacità della tipologia di connessione di rispondere agli standard imposti dalle applicazioni (reti dedicate con bande di frequenza dedicate), mentre il terzo requisito attiene la capacità della connessione di prelevare e fornire dati ad applicazioni e

9. D.M. n. 70 del 28/02/2018 (Smart Road).

10. Cfr. T.M. GASSER, D. WESTHOFF, *BASt-study: Definitions of automation and legal issues in Germany*, in *Human Factors Evaluation of Level 2 And Level 3 Automated Driving Concepts*, U.S. Department of Transportation of National Highway Traffic Safety Administration, 2014, [https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/812043\\_hfevaluationlevel2andlevel3automateddrivingconcepts\\_v2.pdf](https://www.nhtsa.gov/sites/nhtsa.gov/files/812043_hfevaluationlevel2andlevel3automateddrivingconcepts_v2.pdf) (ultimo accesso 16/10/2025).

11. Cfr. M.B.M. NOOR, W.H. HASSAN, *Current research on Internet of Things (IoT) security: A survey*, in *Comput. Netw.*, 2019, <https://doi.org/10.1016/j.comnet.2018.11.025> (ultimo accesso 05/04/2025); cfr. G. PIGNATARO, *Self-driving cars, gestione del rischio e accountability: la funzione preventiva della responsabilità civile nella legislazione europea*, questa Rivista, 2024.

strumentazione del veicolo stesso, includendo anche la capacità di modificare il settaggio degli applicativi e aggiornare il *software* in modalità protetta<sup>12</sup>. Potremo quindi, sulla scorta della diversa tipologia di connessione, distinguere in servizi tradizionali (livello C-0, quali connessione ad Internet, assistenza al traffico, scatole nere in cui lo scambio di dati è regolato dalle condizioni contrattuali tra l'utilizzatore ed il fornitore del servizio), servizi di pubblico interesse (livello C-1, i quali rispondendo al requisito della interoperabilità e senza la necessità dell'utilizzo di reti dedicate, generano benefici al guidatore come nel caso del *Public Safety Answering Point*), servizi legati alla sicurezza (livello C-2, in cui i veicoli cooperano tra di loro scambiandosi dati dinamici come nel caso dei V2V o V2I, *vehicle to infrastructure*), servizi generalizzati integrati con il veicolo (livello C-3, in cui vi è una connessione costante del veicolo con il *cloud*). Chiarito il concetto di connessione, appare necessario individuare quali siano gli strumenti necessari alla raccolta dei dati. La letteratura individua due macro categorie di sensori in base al tipo di informazione raccolta: da un lato i sensori extroceptivi, progettati per raccogliere dati dall'ambiente esterno al veicolo e sensori propioceptivi che monitorano lo stato interno del veicolo. Nella prima categoria a titolo esemplificativo possiamo individuare sia le telecamere ad alta risoluzione, in grado di interpretare i segnali stradali, che i radar e LiDar utilizzati, i primi, per determinare la distanza e la velocità degli oggetti attraverso l'emissione di onde radio, mentre i secondi per costruire mappe tridimensionali attraverso l'utilizzo di impulsi laser<sup>13</sup>. A questi si aggiungono i sensori ultrasonici, impiegati per le operazioni a corto raggio, come nel caso dei parcheggi. Diverso è l'impiego dei sensori propioceptivi come quelli integrati nel motore e nelle componenti meccaniche, utilizzati nell'ambito della diagnostica predittiva e alla manutenzione proattiva o i sensori TPMS avanzati che monitorano pressione, temperatura ed usura degli pneumatici. Discorso a parte meritano i sensori integrati nell'abitacolo e nei sedili che monitorano la postura del conducente e dei passeggeri, consentendo l'attivazione ottimale degli airbag in caso di collisione, nonché quelli del *Driver Monitoring System* (sensori di monitoraggio del conducente) i quali attraverso telecamere a infrarossi e sensori posizionati sul volante o integrati nei sedili, analizzano il comportamento facciale e biometrico del guidatore, identificando segnali precoci di affaticamento o distrazione, attivando avvisi visivi, sonori o vibrazionali per richiamare l'attenzione. Ulteriore classificazione, attiene al principio operativo dei sensori, potendosi distinguere tra dispositivi attivi che emettono un segnale e ne misurano il ritorno (radar e LiDar) e dispositivi passivi come ad esempio le telecamere che si limitano a rilevare le informazioni presenti nell'ambiente. I dati raccolti dai sensori possono, a seconda della tecnologia veicolare, essere inseriti in sistemi complessi di analisi come

12. AA.VV., *Automatica. Il futuro prossimo dell'auto: connettività e automazione*, Centro studi Fondazione Filippo Caracciolo, 2017, [https://fondazionecaracciolo.aci.it/app/uploads/2022/05/Studio\\_Auto\\_Autonoma\\_web.pdf](https://fondazionecaracciolo.aci.it/app/uploads/2022/05/Studio_Auto_Autonoma_web.pdf) (ultimo accesso 6/04/2025).

13. Cfr. B. LANDONI, *Utilizzo del LiDAR per il rilevamento della profondità in applicazioni automotive*, 2021, <https://eipro.futuranet.it/2021/09/18/utilizzo-del-lidar-per-il-rilevamento-della-profondita-in-applicazioni-automotive/> (ultimo accesso 04/04/2025).

quelli dell'*Adaptive Cruise Control* (ACC) ed il *Lane-Keeping Assist* (LKA). Questi due sistemi rappresentano i pilastri della guida assistita<sup>14</sup>, integrando tecnologie sofisticate che convergono in un sistema dinamico di percezione, elaborazione e intervento in tempo reale, incarnando una simbiosi tra *hardware* e algoritmi di intelligenza artificiale, rendendo la macchina un agente proattivo nell'ecosistema della mobilità. Nel caso dell'*Adaptive Cruise Control*, il funzionamento si fonda sulla raccolta e sull'elaborazione dei dati provenienti da una pluralità di sensori attivi e passivi, tra cui radar, LiDAR e telecamere ad alta risoluzione. Il radar, emettendo onde radio e analizzando il segnale riflesso, misura la distanza e la velocità del veicolo che precede, mentre le telecamere, affiancate da algoritmi di visione artificiale, forniscono informazioni complementari per l'identificazione degli oggetti e la lettura della segnaletica stradale. In alcuni sistemi avanzati, il LiDAR integra questi dati creando una mappa tridimensionale estremamente dettagliata dell'ambiente circostante. I dati acquisiti vengono quindi fusi tramite algoritmi di *sensor fusion*<sup>15</sup>, che consentono di ottenere una rappresentazione accurata e robusta dello scenario in tempo reale. Sulla base di questa mappa digitale, il sistema stabilisce un ciclo continuo di *feedback*, modulando la potenza del motore e la frenata in modo da mantenere una distanza di sicurezza preimpostata, adattando progressivamente la velocità in risposta alle variazioni del traffico. L'intero processo, gestito da centraline elettroniche (ECU) dotate di capacità di *edge computing*, permette una risposta rapida e precisa, minimizzando il ritardo tra la percezione dell'ambiente e l'intervento sul veicolo<sup>16</sup>. Parallelamente, il *Lane-Keeping Assist* sfrutta una sofisticata combinazione di sensori ottici, prevalentemente telecamere frontali, e sensori inerziali. Le telecamere acquisiscono costantemente immagini della carreggiata e, mediante algoritmi di elaborazione delle immagini che impiegano tecniche di *deep learning* e trasformate di Hough<sup>17</sup>, rilevano le

14. Cfr. M.C. GAETA, *Automazione e responsabilità civile automobilistica*, in *Resp. civ. prev.*, 2016, V, p. 1725 ss.

15. Cfr. J. KOCIC, N. JOVICIC; V. DRNDAREVIC, *Sensor and Sensor Fusion in autonomous vehicles*, in *26<sup>th</sup> Telecommunications Forum*, 2018, <https://doi.org/10.1109/TELFOR.2018.8612054> (ultimo accesso 04/04/2025).

16. BOSCH, *Smart driver assistance systems*, 2020, <https://www.bosch-mobility-solutions.com> (ultimo accesso 18/03/2025); Cfr. S.F. VAROTTO; C. MONS, J.H. HOGEMA, M. CHRISTOPH, N. VAN NES; M.H. MARTENS, *Do adaptive cruise control and lane keeping systems make the longitudinal vehicle control safer? Insights into speeding and time gaps shorter than one second from a naturalistic driving study with SAE Level 2 automation*, in *Transportation Research Part C: Emerging Technologies*, 2022, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0968090X22001899?via%3Dihub> (ultimo accesso 16/10/2025); Cfr. K.K. AKIYAMA, R. SHINKUMA, C. YAMAMOTO, M. SAITO, T. ITO, K. NIHEI, *Edge computing system with multi-LIDAR sensor network for robustness of autonomous personal-mobility*, 2022, in *IEEE 42nd International Conference on Distributed Computing Systems Workshops (ICDCSW)*, Bologna, Italy, 2022, <https://ieexplore.ieee.org/document/9951373> (ultimo accesso 16/10/2025), p. 290 ss.

17. La trasformata di Hough è un metodo computazionale per il riconoscimento di forme geometriche in immagini digitali, in particolare rette, cerchi ed ellissi. Il principio fondamentale consiste nella trasformazione dallo spazio cartesiano allo spazio dei parametri, dove una retta, invece di essere rappresentata nella forma  $y = mx + q$ , viene espressa come  $p = x \cos \theta + y \sin \theta$ , con  $p$  e  $\theta$  che definiscono la distanza dall'origine e l'orientazione della retta. L'algoritmo procede accumulando evidenze nello spazio parametrico, dove ogni punto dell'immagine contribuisce a

linee di demarcazione delle corsie e analizzano la geometria della strada. Questi algoritmi, affinati da reti neurali convoluzionali (CNN)<sup>18</sup>, sono in grado di distinguere in maniera affidabile le corsie, anche in presenza di condizioni di scarsa luminosità o deterioramento della segnaletica. Qualora il sistema individui una deviazione non intenzionale della corsia – ad esempio, a causa di una distrazione del conducente – il LKA attiva un protocollo di intervento: può emettere avvisi visivi sul cruscotto, segnali acustici o, nei modelli più avanzati, applicare correzioni automatiche all'angolo di sterzata per riportare il veicolo all'interno del limite di corsia. L'integrazione dei dati provenienti da sensori inerziali e giroscopi che monitorano la dinamica del veicolo, rafforza ulteriormente la precisione del sistema, garantendo una stabilità e una sicurezza ottimale in fase di correzione<sup>19</sup>. Ulteriormente, la letteratura scientifica sottolinea l'importanza l'utilizzo di strutture modulari e di architetture di controllo gerarchico in grado di separare la percezione dai livelli decisionali<sup>20</sup>. In questo contesto, i dati raccolti dai sensori vengono inizialmente processati in moduli di percezione, i quali generano una rappresentazione vettoriale dello scenario; successivamente, moduli di pianificazione e controllo elaborano strategie di intervento, determinando

molteplici rette candidate. Cfr. J.-Q. ZHANG; H.-B. DUAN; J.L. CHEN, A. SHAMIR, M. WANG, *HoughLaneNet: Lane detection with deep hough transform and dynamic convolution*, in *Computer & Graphics*, 2023, v. 116, <https://doi.org/10.1016/j.cag.2023.08.012> (ultimo accesso 15/04/2025), p. 82 ss.; M. KARTHIKEYAN, S. SATHIAMOORTHY, V. MARUGANANDAM, *Lane Keep Assist System for an Autonomous Vehicle Using Support Vector Machine Learning Algorithm*, in *Innovative Data Communication Technologies and Application*, 2020, [https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-38040-3\\_11](https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-38040-3_11) (ultimo accesso 16/10/2025).

18. Le reti neurali convoluzionali (CNN) rappresentano una classe avanzata di modelli di apprendimento automatico progettati per elaborare dati strutturati spazialmente, come le immagini, attraverso un'architettura ispirata al funzionamento della corteccia visiva biologica. La loro struttura è caratterizzata da strati convoluzionali, che applicano filtri appresi per estrarre caratteristiche gerarchiche dai dati, riducendo la dimensionalità e preservando le informazioni spaziali rilevanti, seguiti da strati di pooling, che comprimono l'informazione migliorando l'invarianza alle trasformazioni. Tale approccio ha rivoluzionato il campo della computer vision, rendendo le CNN il paradigma dominante in molteplici settori, dalla guida autonoma alla diagnostica per immagini. Cfr. M. SAHAL, Z. HIDAYAT, R.A. PUTRA, M.A. RIZQUIFADHILAH, F.D. SAPUTRA, *Lane Keeping System using Convolutional Neural Network for Autonomous Car*, 2023, in *14th International Conference on Information & Communication Technology and System (ICTS)*, <https://ieeexplore.ieee.org/document/10330834> (ultimo accesso 16/10/2025).
19. Continental AG, *Autonomus mobility, automated driving*, 2020, <https://www.continental.com> (ultimo accesso in data 18/03/2025); J. JANAI, F. GÜNEY, A. ROSER, *Computer Vision for Autonomous Vehicles: Problems, Data-sets and State-of-the-Art*, 2021, <https://doi.org/10.48550/arXiv.1704.05519> (ultimo accesso 04/04/2025).
20. W. XUE-FANG; J. JINGJING, *A hierarchical control framework for autonomous decision-making systems: Integrating HMDP and MPC*, 2024, <https://doi.org/10.48550/arXiv.2401.06833> (ultimo accesso 03/04/2025); cfr. E. ZHANG, J. HAUNG, Y. GAO, Y. LIU, Y. DENG, *A hierarchical perception decision-making framework for autonomous driving*, 2021, <https://ideas.repec.org/a/taf/tcybxx/v8y2022i3p192-209.html> (ultimo accesso 03/04/2025); cfr. D. KIM, R.R.L. MENDOZA, K.F.R. CHUA, M.A.A. CHAVEZ, R.S. CONCEPCION, R.R.P. VICERRA, *A Systematic Analysis on the Trends and Challenges in Autonomous Vehicles and the Proposed Solutions for Level 5 Automation*, 2021, <https://ieeexplore.ieee.org/document/9731982> (ultimo accesso 03/04/2025).

la migliore traiettoria o il corretto intervento sui sistemi attuatori. Questo approccio a strati, incorporando meccanismi di *feedback* a breve e lungo termine, permette ai sistemi ACC e LKA di operare in maniera robusta anche in scenari complessi e dinamici, dove la rapidità di decisione è cruciale per la sicurezza. L'innovazione di questi sistemi risiede non solo nella capacità di integrare e analizzare dati in tempo reale, ma anche nell'adattamento continuo degli algoritmi, che attraverso tecniche di *machine learning* apprendono dalle esperienze operative. Ciò consente una progressiva ottimizzazione delle prestazioni, rendendo il veicolo sempre più capace di anticipare e rispondere alle variabili ambientali.

### 3. Tipologie di dati personali, *asset* digitali e *blockchain*

All'attualità, l'automobile da semplice mezzo di trasporto ha assunto sempre più i tratti di una entità capace di osservare, registrare e interpretare ogni gesto del conducente e dei passeggeri, generando un flusso ininterrotto di dati che vanno ben oltre la geolocalizzazione o la velocità media: di fatti, come anticipato, sensori di pressione sui sedili rilevano il peso dei passeggeri e quindi il numero degli individui presenti nell'abitacolo, microfoni integrati, spesso attivati da comandi vocali apparentemente innocui, sono in grado di captare conversazioni private, telecamere a infrarossi monitorano il livello di attenzione del guidatore attraverso il tracciamento oculare, mentre i sistemi di *infotainment* memorizzano cronologie di ricerca, *playlist* musicali e persino le preferenze dei ristoranti presso i quali ci si è fermati, costruendo un ritratto digitale intimo e pervasivo che alimenta un'“economia della sorveglianza” in cui il valore commerciale dei dati sovrasta il diritto alla riservatezza<sup>21</sup>. La raccolta sistematica e capillare dei dati all'interno e all'esterno dell'autovettura, molto spesso giustificata dalla necessità di migliorare l'esperienza di guida o garantire una maggiore sicurezza stradale, nasconde dinamiche di potere asimmetriche, laddove i produttori automobilistici, le compagnie assicurative o terze parti (dai fornitori di mappe alle agenzie pubblicitarie) potrebbero accedere ai *dataset* che includono, ad esempio, orari abituali di spostamento, percorsi preferiti, stili di frenata e addirittura gli stati emotivi (rilevati dall'analisi del tono vocale). In alcuni casi, come per i Model 3 e Y di Tesla, la *cabin camera* posizionata sopra lo specchietto retrovisore e funzionale al rilevamento dei segni di stanchezza del conducente (occhi chiusi, uso dell'apparecchio cellulare) è stata utilizzata per condividere nelle *chat* dei dipendenti della casa produttrice le immagini del conducente e dei trasportati senza un preventivo consenso<sup>22</sup>. I dati resi accessibili a soggetti terzi, non sufficientemente anonimizzati e nella loro

21. Cfr. T. ZARSKY, *The Trouble with Algorithmic Decisions: An Analytic Road Map to Examine Efficiency and Fairness in Automated and Opaque Decision Making*, in *Science, Technology, & Human Values, Special Issue: Governing algorithms*, 2016, p. 118 ss.

22. Cfr. S. STECKLOW, W. CUNNINGHAM, H. JIN, *Tesla workers shared sensitive images recorded by customer cars*, 2023, [www.reuters.com/technology/tesla-workers-shared-sensitive-images-recorded-by-customer-cars-2023-04-06](http://www.reuters.com/technology/tesla-workers-shared-sensitive-images-recorded-by-customer-cars-2023-04-06) (ultimo accesso 13/04/2025); cfr. G.H. RUFFO, *Tesla Files: Huge Data Leak Shows Issues with Data*



forma non aggregata, contenenti metadati relativi al *timestamp* o alle coordinate GPS, potrebbero consentire di identificare sia i volti, le voci nonché i dettagli interni delle autovetture, violando il precetto contenuto nell'articolo 9 del Regolamento EU n. 679 del 2016 (*General Data Protection Regulation* - GDPR) il quale vieta espressamente il trattamento dei dati biometrici senza un consenso specifico dei soggetti interessati. La normativa europea in tema di privacy tenta di scongiurare l'avverarsi di scenari simili, attraverso l'imposizione di principi generali come quello della minimizzazione dei dati ex articolo 5 del GDPR. Tuttavia, il rigoroso impianto normativo comunitario si scontra con realtà applicative in cui il consenso dell'utente è spesso ridotto a una spunta verde cliccata frettolosamente su schermi *touchscreen* e sepolto in pagine e pagine di termini d'uso, scritti in un linguaggio giuridico inaccessibile<sup>23</sup>. Tanto accade, molto spesso, mentre i sistemi di *connected car* continuano a operare in modalità silenziosa, raccogliendo informazioni anche quando il veicolo è spento<sup>24</sup>. Di fatti, i veicoli connessi hanno sviluppato una sorta di doppia vita: quella ufficiale, fatta di comandi vocali e schermi luminosi, ed una segreta, fatta di registrazioni e rilevamento di dati che continuano a scorrere ininterrottamente. Lo spegnimento è solo apparente in quanto i sensori ed i sistemi telematici continuano a mantenere un'attenzione vigile, raccogliendo informazioni che vanno ben oltre la semplice manutenzione. In tale contesto l'utente è sempre più invisibile e la tecnologia che lo osserva si fa sempre più opaca, dovendosi considerare questa modalità silenziosa di funzionamento degli autoveicoli non come un dettaglio tecnico, ma una scelta progettuale *by design* che riflette un preciso rapporto di potere in cui l'opacità, progettata per eludere il diritto, non è un *bug* ma una *feature* dei sistemi di *data capitalism*, anzi meglio di *surveillance capitalism* che si appropria dell'esperienza umana e la usa come "materia prima da trasformare in dati sui comportamenti"<sup>25</sup>. Se alla modalità silenziosa si aggiungono la complessità dei sistemi tecnologici ed una frammentazione tale delle responsabilità tra produttori, fornitori di *software* e gestori di *cloud* tale da rendere quasi impossibile l'attribuzione di violazioni

*Protection, SUA, Autopilot, and FSD*, 2023, <https://www.autoevolution.com/news/tesla-files-huge-data-leak-shows-issues-with-data-protection-sua-autopilot-and-fsd-215571.html> (ultimo accesso 13/04/2025); cfr. J. MÖKANDER, J. MORLEY, M. TADDEO, L. FLORIDI, *Ethics-Based Auditing of Automated Decision-Making Systems: Nature, Scope, and Limitation*, in *Sci. Eng. Ethics*, 2021, <https://doi.org/10.1007/s11948-021-00319-4> (ultimo accesso 16/10/2025); European Commission: Directorate-General for Research and Innovation, *Ethics of connected and automated vehicles – Recommendations on road safety, privacy, fairness, explainability and responsibility*, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2777/035239> (ultimo accesso 16/10/2025).

23. European Commission: Directorate-General for Research and Innovation, *Ethics of connected and automated vehicles – Recommendations on road safety, privacy, fairness, explainability and responsibility*, Publications Office, 2020, cit.

24. Cfr. U. PAGALLO, *The Legal Challenges of Big Data: Putting Secondary Rules First in the Field of EU Data Protection*, 2017, <https://edpl.lexxion.eu/article/EDPL/2017/1/7> (ultimo accesso 16/10/2025).

25. Cfr. S. ZUBOFF, *Il capitalismo della sorveglianza. Il futuro dell'umanità nell'era dei nuovi poteri*, Roma, 2019, p. 17 ss.



specifiche, emerge in tutta la sua drammaticità un vuoto di *accountability*, terreno di coltura delle partiche opache di cui ci stiamo occupando.

Anche il nodo della proprietà dei dati raccolti resta insoluto, acuendosi su questo tema lo scontro tra utenti e case automobilistiche. Da un lato, gli utenti, quali generatori primari delle informazioni, rivendicano un diritto di controllo sul proprio capitale digitale, dall'altro le case automobilistiche se ne attribuiscono la titolarità in quanto proprietà intellettuale derivante dall'ottimizzazione tecnologica. I veicoli connessi si trasformano in piattaforme di estrazione dati in grado di alimentare modelli produttivi basati sulla vendita di *insights* a terze parti, come nel caso della *partnership* tra Ford e Google, dove i dati aggregati di guida potranno essere utilizzati per affinare gli algoritmi predittivi del traffico (*traffic prediction*) o per personalizzare la pubblicità in base alla geolocalizzazione<sup>26</sup>. Il modello europeo definito dal Regolamento UE n. 868 del 2022 (*Data Governance Act*) si muove nella direzione della promozione dell'“altruismo digitale” incoraggiando la condivisione volontaria di dati per il pubblico interesse<sup>27</sup> (ad esempio, la ricerca su incidenti stradali), ma senza intaccare i modelli di monetizzazione esistenti, lasciando senza risposta un'altra domanda fondamentale: chi dovrebbe beneficiare economicamente dei dati generati da un'auto connessa? Una possibile soluzione potrebbe emergere dall'utilizzo di tecnologie decentralizzate come la *blockchain* che permetterebbe agli utenti di certificare la proprietà dei dati attraverso *smart contract* e di decidere, in tempo reale, chi possa accedervi e per quali scopi in un più ampio orizzonte di “economia dei dati democratica” in cui ogni utente diventa il custode del proprio patrimonio informativo<sup>28</sup>. Difatti, la tecnologia *blockchain*, per la sua capacità di assicurare l'integrità, la sicurezza e la resistenza alle alterazioni dei dati in essa contenuti, si sta progressivamente affermando come strumento chiave nella tutela dei veicoli connessi. Recenti studi hanno dimostrato come l'implementazione di protocolli decentralizzati, esemplificata da soluzioni come il sistema VChain<sup>29</sup>, possano neutralizzare minacce

26. <https://corporate.ford.com/articles/products/ford-and-google-to-accelerate-auto-innovation.html> (ultimo accesso 05/04/2025): “Ford and Google to accelerate auto innovation, reinvent connected vehicle experience. Ford and Google come together in first of its kind partnership to create unique services and capabilities for Ford and Lincoln customers”.

27. Art. 2, n. 16, reg. UE n. 868 del 2022.

28. Cfr. K. EL FELLAH, I. EL AZAMI, A. EL MAKLANI, H. BOUIJJI, O. EL AZZOUZY, *Revolutionizing Automotive Security: Connected Vehicle Security Blockchain Solutions for Enhancing Physical Flow in the Automotive Supply Chain*, in *Computer Systems Science and Engineering*, 2025, <https://doi.org/10.32604/csse.2024.057754> (ultimo accesso 02/04/2025).

29. VeChain è una piattaforma *blockchain* progettata per migliorare la gestione della *supply chain* e dei processi aziendali, offrendo soluzioni per la tracciabilità dei prodotti e la prevenzione della contraffazione. Fondata nel 2015, VeChain utilizza una blockchain pubblica chiamata VeChainThor, che supporta *smart contract* e applicazioni decentralizzate. La piattaforma impiega un modello a doppio *token*: VET, utilizzato per trasferire valore sulla rete, e VTHO, impiegato per pagare le transazioni e alimentare le operazioni sulla *blockchain*. Grazie all'integrazione con dispositivi IoT, VeChain consente alle aziende di monitorare in tempo reale la produzione, la logistica e la distribuzione dei loro prodotti, garantendo trasparenza e autenticità lungo l'intera catena di approvvigionamento.

informatiche e garantire trasmissioni sicure, anche in condizioni di rete variabili<sup>30</sup>. La *blockchain*, grazie all'impiego di chiavi crittografiche univoche, consente di certificare l'origine dei dati e di salvaguardare la privacy, instaurando un meccanismo di autenticazione sofisticato in grado di garantire il controllo accurato di ogni transazione. Le attuali sperimentazioni si basano, da un lato, su meccanismi di consenso come il *Proof of Work* (PoW) e il *Proof of Elapsed Time* (PoET), i quali, supportati da hardware affidabili e sistemi di comunicazione dedicati (*Dedicated Short-Range Communication* - DSRC o reti cellulari), assicurano trasmissioni sicure anche in ambienti di rete complessi<sup>31</sup>; dall'altro, l'integrazione della *blockchain* con gli *smart contract* permette il rafforzamento dell'integrità delle catene di approvvigionamento, agevolando processi quali il leasing e la manutenzione<sup>32</sup>. La sicurezza dei dati sarebbe garantita dall'adozione di algoritmi avanzati come gli RSA (Rivest-Shamir-Adleman)<sup>33</sup>. Di fatti, mentre gli algoritmi simmetrici, quali AES, RC6 o *Blowfish*, si distinguono per la rapidità di esecuzione, le soluzioni asimmetriche come RSA offrono un livello di sicurezza superiore, sebbene a fronte di maggiori requisiti computazionali. Inoltre, l'adozione di tecniche emergenti come la crittografia a curva ellittica e quella post-quantistica, come dimostrato dalla letteratura scientifica<sup>34</sup>, promette ulteriori progressi nella protezione dei dati senza compromettere l'efficienza operativa<sup>35</sup>. È di tutta evidenza come l'utilizzo della *blockchain* nei sistemi di veicoli connessi favorisca un rilevamento tempestivo delle minacce, contrastando efficacemente attacchi *zero-day*<sup>36</sup> e garantendo la continuità operativa, in quanto è proprio la natura decentralizzata del sistema ad eliminare i tradizionali punti

30. Cfr. A. KUMAR, A.S. YADAV, D.S. KUSHWAHA, *VChain: Efficient blockchain based vehicular communication protocol*, 2020, <https://ieeexplore.ieee.org/document/9057801> (ultimo accesso 16/10/2025).

31. Cfr. F. AZAM, A. BIRADAR, N. PRIYADARSHI, S. KUMARI, S. TANGADE, *A review of blockchain based approach for secured communication in internet of vehicle (IoV) Scenario*, in *Second Int. Conf. Smart Technol. Comput., Elect. Electr. (ICSTCEE)*, 2021, <https://ieeexplore.ieee.org/document/9708555> (ultimo accesso 16/10/2025), p. 1 ss.

32. Cfr. P. DUTTA, T-M. CHOI, S. SOMANI, R. BUTALA, *Blockchain technology in supply chain operations: Applications, challenges and research opportunities*, in *Transport. Res. Part E: Logist. Transport. Rev.*, 2020, <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1366554520307183?via%3Dihub> (ultimo accesso 16/10/2025).

33. Cfr. C. SILVA, V.A. CUNHA, P. BARRACA JÃO, R.L. AGUIAR, *Analysis of the cryptographic algorithms in IoT communications*, in *Inf. Syst. Front.*, 2023, <https://link.springer.com/article/10.1007/s10796-023-10383-9> (ultimo accesso 16/10/2025), p. 1243 ss.

34. Cfr. H. GHARAVI, J. GRANJAL, E. MONTEIRO, *Post-quantum blockchain security for the internet of things: Survey and research directions*, in *IEEE Commun. Surv. Tutorials*, 2024, <https://doi.org/10.1109/COMST.2024.3355222> (ultimo accesso 17/04/2025), p. 1748 ss.

35. Cfr. S. ULLAH, J. ZHENG, N. DIN, M.T. HUSSAIN, F. ULLAH, M. YOUSAF, *Elliptic curve cryptography: applications, challenges, recent advances, and future trends: A comprehensive survey*, in *Comput. Sci. Rev.*, 2023, <https://www.sciencedirect.com/science/article/abs/pii/S1574013722000648?via%3Dihub> (ultimo accesso 16/10/2025).

36. Gli attacchi *zero-day* rappresentano una delle minacce più insidiose nel panorama della sicurezza informatica, poiché sfruttano vulnerabilità sconosciute nei *software*, nei sistemi operativi o nelle infrastrutture digitali prima che gli sviluppatori abbiano la possibilità di rilasciare una *patch* correttiva. Il termine “zero-day” sottolinea l'assenza di un preavviso o di un periodo di difesa da parte delle aziende e degli utenti, i quali si trovano esposti a un rischio immediato non appena la falla viene scoperta e sfruttata dai cybercriminali.

di vulnerabilità, assicurando al contempo la scalabilità necessaria per gestire flussi informativi complessi<sup>37</sup>. In questo contesto, i proprietari dei dati mantengono il controllo esclusivo delle proprie informazioni, riducendo il rischio di falsificazioni e di intercettazioni non autorizzate<sup>38</sup>. Parallelamente, l'adozione della blockchain all'interno della catena di approvvigionamento automobilistico potrebbe rappresentare una svolta in termini di trasparenza e affidabilità<sup>39</sup>. La registrazione immutabile delle transazioni e la gestione sicura delle identità dei veicoli hanno il beneficio di rafforzare la fiducia tra le varie entità, facilitando lo scambio di informazioni critiche e il monitoraggio dei flussi fisici di componenti e prodotti. Questa tecnologia si dimostra particolarmente efficace nell'assicurare la tracciabilità e la certificazione digitale dei beni, elementi fondamentali in un contesto economico caratterizzato da una rapida evoluzione e da dinamiche di mercato sempre più complesse<sup>40</sup>. Tuttavia, nonostante i molteplici vantaggi, l'adozione diffusa della *blockchain* nel settore automobilistico si confronta con sfide rilevanti in quanto, la trasparenza, intrinseca al sistema decentralizzato, può scontrarsi con la necessità di mantenere segrete informazioni strategiche, creando tensioni tra condivisione e riservatezza<sup>41</sup>. Inoltre, l'incremento della complessità nelle reti di approvvigionamento impone la definizione di standard comuni e la gestione di flussi dati sempre più consistenti, elementi imprescindibili per garantire un sistema sicuro e interoperabile<sup>42</sup>. Concludendo, la *blockchain*, applicata al sistema dei veicoli connessi, si configura come una proposta rivoluzionaria in grado di elevare la sicurezza e l'efficienza dei nuovi veicoli e delle relative catene di approvvigionamento, a patto che si affrontino con rigore sistematico le criticità legate alla standardizzazione, alla gestione della privacy e alla scalabilità in contesti in continuo mutamento<sup>43</sup>. Tuttavia, il suo impiego, pur ricco di potenzialità, rischia

37. Cfr. T. ZAIDI, S. GARAI, *Emerging trends in cybersecurity: A holistic view on current threats, assessing solutions, and pioneering new frontiers*, in *Blockch. Heal. Tod.*, 2024, <https://blockchainhealthcaretoday.com/index.php/journal/article/view/302> (ultimo accesso 16/10/2025).

38. Cfr. G. ABDELKADER, K. ELGAZZAR, A. KHAMIS, *Connected vehicles: Technology review, state of the art, challenges and opportunities*, in *Sensors*, 2021, <https://www.mdpi.com/1424-8220/21/22/7712> (ultimo accesso in data 16/10/2025).

39. Cfr. P. FRAGA-LAMAS, T.M. FERNANDEZ-CARAMES, *A review on blockchain technologies for an advanced and cyber-resilient automotive industry*, in *IEEE Access*, 2019, <https://ieeexplore.ieee.org/document/8626103> (ultimo accesso 16/10/2025).

40. Cfr. V. MALIK, R. MITTAL, D. MAVALURU, B.R. NARAPUREDDY, S.B. GOYAL, R.J. MARTIN, *Building a secure platform for digital governance interoperability and data exchange using blockchain and deep learning-based frameworks*, in *IEEE Access*, 2023, <https://ieeexplore.ieee.org/document/10177172> (ultimo accesso 16/10/2025).

41. Cfr. S. ZAFAR, S.F.U. HASSAN, A.S. MOHAMMAD, A.A. AL-AHMADI, N. ULLAH, *Implementation of a distributed framework for permissioned blockchain-based secure automotive supply chain management*, in *Sensors*, 2022, <https://www.mdpi.com/1424-8220/22/19/7367> (ultimo accesso 16/10/2025).

42. Cfr. A.O. OKOMANYI, A.R. SHERWOOD, E. SHITTU, *Exploring effective strategies against cyberattacks: The case of the automotive industry*, in *Environ. Syst. Decis.*, 2024, <https://link.springer.com/article/10.1007/s10669-024-09971-0> (ultimo accesso 16/10/2025).

43. Cfr. M.D.S. FERDOUS, M.J.M. CHOWDHURY, K. BISWAS, N. CHOWDHURY, V. MUTHUKUMARASAMY, *Immutable autobiography of smart cars leveraging blockchain technology*, in *Knowl. Eng. Rev.*, 2020, <https://www.cambridge.org/core/journals/knowledge-engineering-review/article/abs/immutable-autobio->

di rimanere incompleto in assenza di un solido supporto normativo che regoli i diritti di proprietà sui dati e introduca licenze d'uso dinamiche. Tale mancanza normativa impedisce di superare la complessa dicotomia che vede i dati veicolari come entità con una duplice natura: da un lato, risorsa personale e, dall'altro, elemento infrastrutturale fondamentale.

Senza un intervento legislativo mirato, il contrasto tra il proprietario del veicolo e quello dei dati resta irrisolto, compromettendo la capacità della *blockchain* di fornire una soluzione definitiva a questo problema strutturale.

#### 4. Cybersecurity e privacy: il quadro normativo e regolamentare

Il legislatore europeo è intervenuto a partire dal 2015 nel settore *automotive*, attraverso direttive e regolamenti atti a colmare il vuoto normativo degli Stati membri<sup>44</sup>. Un primo esempio è il Regolamento UE n. 758 del 2015 che disciplina l'implementazione obbligatoria, sui veicoli di nuova produzione, del sistema denominato *eCall*, ideato per attivare automaticamente o manualmente una chiamata d'emergenza al numero unico europeo 112<sup>45</sup>. Tale segnalazione viene instradata attraverso centri di raccolta appositamente predisposti (*Public Safety Answering Points* – PSAP), gestiti da enti pubblici o da soggetti privati autorizzati. L'obiettivo primario di questa tecnologia è la tempestiva attivazione dei soccorsi, con la conseguente riduzione della mortalità e della gravità delle lesioni derivanti da incidenti stradali. Il Regolamento, inoltre, ammette la coesistenza di sistemi privati analoghi (*Third Party Service eCall* – TPS *eCall*), già in uso prima della normativa, purché non sostituiscano il servizio pubblico, il cui impianto è obbligatorio per tutti i veicoli omologati a partire dal 31 marzo 2018, stabilendo, altresì, che le due tipologie di sistemi operino in maniera indipendente, senza possibilità di condivisione o interscambio di dati<sup>46</sup>. Altro esempio è quello del Regolamento UE n. 2144 del 2019, il quale rappresenta una svolta nell'ambito della sicurezza dei trasporti, imponendo a partire dal 2022 l'adozione obbligatoria, su tutte le nuove immatricolazioni, di sofisticati sistemi di assistenza alla guida (*Advanced Driver Assistance Systems* - ADAS) come l'adattamento intelligente della velocità, rilevamento in retromarcia con telecamera o sensori, avviso in caso di disattenzione del conducente dovuta a stanchezza o distrazione, registratori di dati di evento (scatola nera - RDE) e segnalazione di arresto di emergenza e l'interfaccia di installazione di dispositivi di tipo *alcolock*, tutti spesso integrati con altri dispositivi di sicurezza del veicolo come ABS (*anti-lock braking system*), EBD (*Electronic Brake-Force Distribution*) o ESP (*Electronic Stability Control*). I sistemi avanzati di assistenza alla guida rappresentano una vera e propria evoluzione tecnologica nel mondo automobilistico, trasformando i veicoli in piattaforme

[graphy-of-smart-cars-leveraging-blockchain-technology/A9C2C31B80091A409ABF05C7671FD331](https://www.euro-nlp.com/graphy-of-smart-cars-leveraging-blockchain-technology/A9C2C31B80091A409ABF05C7671FD331) (ultimo 16/10/2025).

44. Cfr. M. MORELLI, Il processo di digitalizzazione del settore automobilistico. Quando il progresso tecnologico deve sempre essere supportato da norme, regole di condotta e buone pratiche, in *Sociologia del diritto*, Vol. 51, N. 2, 2024, p. 105 ss.

45. Art. 4, reg. UE n. 758 del 2015.

46. Art. 6, n.11, reg. UE n. 758 del 2015.

intelligenti capaci di analizzare il contesto stradale e reagire in tempo reale<sup>47</sup>. Questi sistemi, simili per certi aspetti a computer integrati nel mezzo, si basano su un sofisticato equilibrio tra componenti *hardware* e *software* che consente loro di raccogliere informazioni dall'ambiente circostante, elaborarle e tradurle in azioni concrete<sup>48</sup>. Il cuore del loro funzionamento risiede in una rete di sensori altamente specializzati, progettati per percepire dettagli fondamentali come la velocità, la distanza dagli ostacoli e le condizioni della strada. I dati raccolti vengono poi inviati a una potente unità di elaborazione, che li analizza in frazioni di secondo per generare risposte adeguate alla situazione, rese ancora più efficaci grazie all'adozione di tecnologie *by-wire*<sup>49</sup>, che sostituiscono i tradizionali comandi meccanici con segnali elettrici, assicurando una maggiore precisione e riducendo i tempi di reazione. Risulta tuttavia cruciale, nell'analisi dei sistemi di guida assistita e autonoma, coglierne la duplice natura ontologica, che riflette una distinzione sostanziale tra l'automazione come supporto e l'automazione come sostituzione dell'uomo nella guida. Un chiarimento normativo in tal senso è offerto dalla Convenzione di Vienna, come modificata il 14 dicembre 2020 ed entrata in vigore il 14 luglio 2022 (RU 2022 51), la quale, all'articolo 1, lettera a), qualifica come sistema di guida autonoma quell'apparato costituito da componenti *hardware* e *software* capaci di esercitare in modo continuativo il controllo dinamico del veicolo. A sua volta, l'articolo 1, lettera ab), definisce tale controllo dinamico come l'insieme delle funzioni operative e strategiche eseguite in tempo reale, necessarie per la conduzione del veicolo, comprendendo tra esse il controllo della traiettoria sia laterale che longitudinale, il monitoraggio delle condizioni stradali, la reazione agli eventi di traffico e la gestione delle manovre, tanto in fase di preparazione

47. Considerando n. 10), reg. UE n. 2144 del 2019.

48. Art. 1, lett. g) del d.m. 28 febbraio 2018; cfr. D. CERINI, A. PISANI TEDESCO (a cura di), *Smart mobility, smart cars e intelligenza artificiale: responsabilità e prospettive*, Torino, 2019; cfr. P. MANCINO, *Auto connesse e rischi sulla privacy, le criticità sono anche tra le righe della normativa*, 2023, in <https://www.federprivacy.org/informazione/primopiano/auto-connesse-e-rischi-sulla-privacy-le-criticita-sono-anche-tra-le-righe-della-normativa> (ultimo accesso in data 02/04/2025); cfr. S. PELLEGGATTA, *I sistemi hardware installati sui "veicoli intelligenti": complementarità e ridondanza come strumenti tecnici per consentire il passaggio del controllo legale del mezzo dalla persona fisica alla macchina. (Radar, Lidar, Drive by Wire)*, su *Diritto di Internet*, 2022, <https://dirittodiinternet.it/i-sistemi-hardware-installati-sui-veicoli-intelligenti-complementarita-e-ridondanza-come-strumenti-tecnici-per-consentire-il-passaggio-del-controllo-legale-del-mezzo-dalla-persona-f/> (ultimo accesso 02/04/2025).

49. La tecnologia *by-wire* sta trasformando profondamente la risposta dei veicoli ai comandi del conducente, sostituendo i tradizionali collegamenti meccanici con segnali elettronici. Questo approccio, già applicato al controllo di freni e sterzo, consente di eliminare componenti fisici come il piantone, affidando la gestione della direzione e della frenata a impulsi digitali interpretati da centraline elettroniche. Anche il *feedback* percepito dal conducente, come la resistenza del pedale del freno, viene riprodotto artificialmente. Oltre a semplificare la progettazione e ridurre i guasti, questa evoluzione tecnologica accresce la sicurezza, diminuendo il numero di elementi meccanici potenzialmente pericolosi in caso di urto. Cfr. S. PELLEGGATTA, *I sistemi hardware installati sui "veicoli intelligenti": complementarità e ridondanza come strumenti tecnici per consentire il passaggio del controllo legale del mezzo dalla persona fisica alla macchina*, cit.



quanto nella loro segnalazione. Una simile articolazione concettuale è recepita anche nell'ordinamento interno, in particolare nel decreto 20 febbraio 2018, noto come "Smart Road", il quale, all'articolo 1, lettere f) e g), opera una distinzione analoga tra veicoli dotati di sistemi di guida autonoma e quelli muniti di tecnologie di assistenza alla guida.

Chiariti questi aspetti tecnici, è evidente come le disposizioni contenute in entrambi i Regolamenti abbiano evidenti ricadute sulla privacy dell'utente, sia esso inteso quale conducente che trasportato. All'uopo, l'articolo 6 del Regolamento UE relativo al sistema *eCall* stabilisce che quest'ultimo debba essere progettato (*privacy by design*) in modo da conservare esclusivamente le ultime tre coordinate GPS del veicolo, limitandone l'archiviazione al tempo strettamente necessario per determinare la sua geolocalizzazione esatta e la direzione di marcia al momento dell'evento. Inoltre, è previsto che i produttori di autoveicoli forniscano agli utenti un manuale di istruzioni chiaro ed esaustivo, nel quale siano dettagliate le modalità di trattamento dei dati personali e i diritti esercitabili dagli interessati. Per quanto attiene eventuali sistemi privati installati dalle case automobilistiche parallelamente a quello pubblico, il loro impiego può andare oltre la semplice sicurezza stradale e trasformarsi in uno strumento per la raccolta di dati, successivamente utilizzati dai centri di elaborazione privati per offrire servizi complementari, come la prenotazione di ristoranti o altre funzioni commerciali. Diversamente, il Regolamento UE n. 2144 del 2019 introducendo ulteriori dispositivi di rilevazione pone diverse questioni in materia di protezione dei dati personali. Tra questi, i più problematici dal punto di vista della privacy, sono il sistema di monitoraggio della disattenzione e della stanchezza del conducente, i cui dati devono essere immediatamente cancellati una volta concluso il trattamento<sup>50</sup>, nonché il Registratore di Eventi per l'Automobile (RDE). Quest'ultimo, simile alla cosiddetta *black box* (scatola nera) già impiegata da tempo nel settore automobilistico, è progettato per registrare e conservare parametri critici nei momenti immediatamente precedenti, contestuali e successivi a una collisione. Tra i dati acquisiti rientrano la velocità, l'azionamento dei freni, la posizione e l'inclinazione del veicolo, lo stato e la frequenza di attivazione dei dispositivi di sicurezza, nonché il funzionamento del sistema *eCall* e di altri meccanismi di prevenzione degli incidenti, il tutto nel rispetto del GDPR. Sul piano della gestione dei dati raccolti, l'articolo 6 del Regolamento UE n. 2144 del 2019, prescrive che il RDE debba operare all'interno di un sistema a circuito chiuso che garantisca l'anonimizzazione delle informazioni, prevenendone manipolazioni e utilizzi impropri. A tale scopo, l'articolo 6.5 vieta espressamente l'archiviazione delle ultime quattro cifre del codice VIS (*Vehicle Indicator Section*) del numero di identificazione del veicolo (VIN)<sup>51</sup>, nonché di qualsiasi altro elemento che possa consentire l'individuazione del mezzo o del suo proprietario. In ordine all'accesso ai dati raccolti, gli articoli 6.3 e 6.4 lett. d) del Regolamento UE n. 2144 del 2019, nel rendere indisponibili i dati raccolti dai sistemi di avviso della disattenzione e della stanchezza del conducente e di avviso avanzato della distrazione del conducente ("non sono in alcun momento accessibili o messi a disposizione di terzi e

50. Art. 6.3, reg. UE n. 2144 del 2019.

51. Art. 6.5 reg. UE n. 2144 del 2019.



sono immediatamente cancellati dopo il trattamento”), riserva, nel caso dei dati raccolti dal sistema RDE, l’accesso alle sole autorità nazionali, tramite un’interfaccia standardizzata e nel rispetto delle disposizioni legislative nazionali o dell’Unione, limitatamente alle finalità di ricerca e analisi sugli incidenti stradali, comprese eventuali indagini giudiziarie. Tuttavia, la previsione di anonimizzazione solleva alcune perplessità, poiché le informazioni registrate dal dispositivo si riferiscono inevitabilmente a un veicolo specifico, che potrebbe essere utilizzato da conducenti diversi, come nel caso di auto in *sharing*<sup>52</sup> o noleggiate con copertura assicurativa aziendale. Se, però, i dati venissero aggregati per individuare tendenze sugli incidenti e sviluppare strategie di prevenzione, l’anonimizzazione acquisirebbe un senso compiuto.

Al di là di questi primi aspetti legati alla privacy, le problematiche relative all’applicazione delle nuove tecnologie agli autoveicoli aprono anche ad una necessaria riflessione sulla *cybersecurity* dei singoli dispositivi installati e del veicolo nella sua interezza, in quanto, l’espansione dei fenomeni cybercriminali organizzati (*cybergang* come *LockBit*) fa sì che in un prossimo futuro si discuterà più di autoveicoli *hackerati* (il *ransomware*<sup>53</sup> quale rivisitazione in chiave tecnologica del “cavallo di ritorno”), che rubati<sup>54</sup>. Emblematico, sul punto, è l’esperimento condotto nel 2015 due esperti statunitensi di sicurezza informatica i quali hanno dimostrato in modo eclatante le vulnerabilità dei sistemi digitali dei veicoli moderni, riuscendo a prendere il controllo remoto di una Jeep Cherokee tramite il sistema *Uconnect*. Questa piattaforma, che gestisce funzioni come navigazione, *infotainment* e connettività, esponeva il veicolo a rischi informatici in quanto identificabile *online* attraverso un indirizzo IP. Durante il test, condotto con un giornalista a bordo, i

52. European Commission: Directorate-General for Research and Innovation, *Ethics of connected and automated vehicles – Recommendations on road safety, privacy, fairness, explainability and responsibility*, Publications Office, 2020, cit.: “Significant data collection is necessary for the safe and efficient functioning of CAVs. The vehicle-to-vehicle (V2V), vehicle-to-infrastructure (V2I) or vehicle-to-everything (V2X) communication channels include the potential for a multitude of separate actors vying for general and specific personal data controlled by drivers, in real time or near-real time. One particular challenge that arises in this context is the privacy protection of multiple concerned individuals (e.g. driver, pedestrian, passenger or other drivers). The use of CAVs can include sharing of rides from similar origins and destinations, between different passengers. In such situations, all passengers sharing the same vehicle, as well as pedestrians and other road users in the vehicle’s vicinity could, in principle, be identified. This can occur without the awareness of those affected. The European data protection rules require any such processing to rely on a valid legal basis and on transparent information about the processing being provided to all individuals concerned.”.

53. Il *ransomware* è una tipologia di *software* malevolo (*malware*) progettato per compromettere dispositivi digitali mediante la cifratura o il blocco selettivo dei dati in essi contenuti. Una volta attivato, il programma impedisce l’accesso a tali informazioni e richiede il pagamento di una somma di denaro (*ransom*) quale condizione per il ripristino della piena disponibilità dei contenuti digitali.

54. Cfr. M. CARRÀ, *I rischi ‘nascosti’ dell’auto a guida autonoma e il pericolo dell’hackeraggio*, 2021, *Forbes*, <https://forbes.it/2021/02/18/i-rischi-nascosti-dellauto-a-guida-autonoma-e-il-pericolo-dellhackeraggio> (ultimo accesso 16/10/2025).

ricercatori hanno inizialmente eseguito azioni minori – come l'accensione forzata dell'aria condizionata e della radio – per poi dimostrare la possibilità di azioni ben più gravi: hanno spento il motore mentre l'auto era in autostrada e, in un secondo momento, in un ambiente controllato, hanno manipolato anche sterzo e freni, evidenziando la pericolosità concreta di simili attacchi. In un orizzonte così composito il tema della *cyberscurity* e della *privacy* diventano un *must*, due aspetti della medesima problematica. Sul punto le Nazioni Unite sono intervenute con due Regolamenti, UNECE *Cybersecurity* n. 155 del 2021 che si riferisce al nuovo standard ISO/SAE 21434 (*Road Vehicle Cyber Security Engineering*) e UNECE *Software Updating* n. 156 del 2021, in vigore dal 2024 per le omologazioni e dal 2026 per le nuove immatricolazioni, i quali si pongono come il punto di partenza di un più ampio quadro relativo alla *cybersecurity* e all'aggiornamento dei dati in movimento. L'attuazione di tali normative ha segnato l'inizio di una nuova era nel settore automobilistico, imponendo standard rigorosi per la sicurezza dei sistemi informatici e per la gestione degli aggiornamenti software. In particolare, il Regolamento UNECE *Cybersecurity* n. 155, "risk based", impattando sull'intero ciclo di vita del veicolo (dal *concept* alla produzione sino alla rottamazione coinvolgendo l'intera *supply chain*) richiede agli OEM (*Original Equipment Manufacturer* ovvero i costruttori e produttori di componentistica) di fornire prove documentali relative ai processi di sviluppo dei componenti *software* e *hardware*, affinché i veicoli possano ottenere la certificazione necessaria per l'immatricolazione, in un contesto generale di *secure by design*. Contestualmente, il Regolamento UNECE n. 155 impone di individuare e valutare criticamente le aree di maggior rischio in termini di *cybersecurity*, prevedendo misure adeguate atte a mitigare le potenziali vulnerabilità e a garantire un monitoraggio costante, da rendere note annualmente all'ente certificatore. L'architettura del Regolamento UNECE n. 155 si sviluppa su due direttrici strettamente interconnesse: la prima impone l'adozione di un sistema di gestione della sicurezza informatica (CSMS) all'interno dell'organizzazione, il quale deve coprire l'intero ciclo operativo, dalla definizione delle politiche interne fino alla gestione degli incidenti legati a potenziali attacchi digitali, assicurando che ogni componente, anche quelle sviluppate da terzi, siano soggetto a procedure certificate. In tale prospettiva, il costruttore dei veicoli impone ai propri fornitori di componenti di essere *compliant* agli aspetti normativi in ambito cyber (ISO 26262, ISO 21434), dimostrando, così, la loro compliance relativamente a tutto il *vehicle life-cycle*. La seconda direttrice si concentra sulla protezione del prodotto, delineando un quadro in cui il veicolo debba essere messo in sicurezza rispetto a specifiche classi di rischio, lasciando però la scelta delle soluzioni tecniche a carico del costruttore e dei suoi fornitori. In quest'ottica, è prevista l'adozione di un processo di analisi delle minacce e dei rischi (TARA) che consenta di identificare, valutare e quantificare i possibili danni in termini di sicurezza, operatività, impatto economico e tutela della *privacy*, proteggendo così informazioni sensibili come i dati sullo stile di guida, le destinazioni e i contatti personali. Diversamente dal Regolamento UNECE n. 155 il Regolamento UNECE *Software Updating* n. 156 pone l'accento sugli aggiornamenti *software* e del sistema di gestione degli aggiornamenti (*smart update management system* - SUMS), stabilendo come ogni intervento *software* debba essere eseguito in condizioni di sicurezza, con un'informativa trasparente rivolta al

consumatore finale. Una volta che il veicolo prende vita su strada, la piattaforma SUMS diventa il partner indispensabile per le officine di riparazione e manutenzione, potendovi accedere ai dati di bordo del veicolo, intervenire sulle unità di controllo elettronico (ECU) e tracciare con precisione ogni operazione eseguita. Allo stesso tempo, il costruttore del veicolo può inviare aggiornamenti *software* e miglioramenti delle configurazioni, che vengono scaricati e implementati direttamente tramite SUMS *over the air*, assicurando non solo la sicurezza e l'efficienza dei veicoli, ma garantendo anche la totale trasparenza e tracciabilità degli interventi. La crescente integrazione di componenti elettronici e *software* richiede un continuo aggiornamento degli standard di conformità, tanto che oggi si fa riferimento a nuove linee guida internazionali, come lo standard ISO/SAE 21434, che si dedica specificamente all'ingegneria della *cybersecurity* per i veicoli, affiancato dalla ISO 26262, incentrata sulla sicurezza funzionale degli utenti e delle vetture. Tuttavia, i Regolamenti ONU in esame nulla dicono in ordine alla tutela della privacy in caso di sua violazione, attraverso i sistemi integrati nell'autovettura o di trattamento oltre il consenso accordato. È di tutta evidenza come le grandi opportunità economiche che derivano dal rilevamento dei dati degli autoveicoli spingono le case automobilistiche verso una massimizzazione del processo di trattamento dei dati, portandole a ripensare al loro modello imprenditoriale in un sistema di condivisione con i partner dei loro ecosistemi aziendali<sup>55</sup>, al fine della realizzazione di un vantaggio competitivo<sup>56</sup>. In un simile scenario il modello normativo europeo in tema di protezione dei dati personali (Direttiva *ePrivacy*, GDPR e *Data Act*) si frappone tra le mire, a volte spregiudicate, delle case automobilistiche e la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini dell'Unione. Nel 2021, il Comitato Europeo per la Protezione dei Dati (EDPB), con la partecipazione attiva dell'Autorità Garante italiana, ha elaborato linee guida EDPB (Linee Guida 1/2020 *on processing personal data in the context of connected vehicles and mobility related applications*) mirate a regolamentare l'uso delle tecnologie di largo impiego, fornendo indicazioni specifiche ai produttori e agli utilizzatori. A distanza di un anno dall'inizio dei lavori, l'EDPB, consapevole delle criticità dei veicoli connessi e delle conseguenze disastrose di una intrusione su tali sistemi<sup>57</sup>, ha adottato in via definitiva le linee guida riguardanti le automobili connesse, sollecitando i costruttori automobilistici e le aziende operanti nel settore delle automobili *smart* a conformarsi ai principi di *privacy by design* e *privacy by default* (articolo 25 del GDPR) affinché i sistemi installati limitino la raccolta e la trasmissione di dati personali ai soli scopi strettamente necessari, in conformità con i principi di cui al GDPR<sup>58</sup>. L'elaborazione dei dati, in questo contesto, deve poggiare su basi giuridiche solide, prevalentemente fondate sul consenso esplicito degli interessati<sup>59</sup> e sul criterio della necessità,

55. Cfr. Y. CHEN, J. KREULEN, M. CAMPBELL, C. ABRAMS, *Analytics ecosystem transformation: A force for business model innovation*, 2111, <http://dx.doi.org/10.1109/SRII.2011.12> (ultimo accesso 03/04/2025).

56. Cfr. D. BILGERI, H. GEBAUER, E. FLEISCH, F. WORTMANN, *Driving process innovation with IoT field data*, in *MIS Quarterly Executive*, 2019, <http://dx.doi.org/10.17705/2msqe.00016> (ultimo accesso 03/04/2025).

57. Par. 1.5.5., punto 59 EDPB 2021.

58. Par. 1.5.4., punto 57 EDPB 2021.

59. Par. 1.5.1., punto 46 EDPB 2021.

come nel caso di funzionalità per l'assistenza alla guida, la sicurezza stradale o i servizi assicurativi basati sull'uso del veicolo (*pay-as-you-drive*)<sup>60</sup>. Per questi ultimi, inoltre, le compagnie assicurative devono offrire agli automobilisti un'opzione alternativa che non implichi l'installazione di dispositivi di monitoraggio continuo (*black box*) o la tracciabilità dei loro spostamenti. La trasparenza, insieme a quello del consenso, è l'altro principio cardine: i soggetti presenti a bordo dell'auto devono ricevere informazioni chiare, fornite nella loro lingua, sulle modalità di trattamento dei dati e avere la possibilità di esercitare agevolmente i diritti previsti dalla Direttiva UE n. 58 del 2002 (*ePrivacy*) e dal GDPR. Inoltre, per garantire maggiore tutela, gli utenti dovrebbero poter attivare o disattivare con semplicità determinati servizi tramite un'interfaccia intuitiva (*user friendly*). Laddove tecnicamente realizzabile, i dati – in particolare quelli invasivi<sup>61</sup> relativi alla geolocalizzazione – dovrebbero essere trattati direttamente all'interno del veicolo, evitando il trasferimento a server remoti. Le misure di protezione individuate dai Garanti includono la pseudonimizzazione o l'anonimizzazione delle informazioni, oltre all'impiego di sistemi crittografici che ne assicurino l'integrità e impediscano accessi non autorizzati. L'EDPB ha inoltre approvato la versione iniziale delle linee guida relative agli assistenti vocali digitali (*Virtual Voice Assistants* – VVA), dispositivi presenti in smartphone, smart TV, automobili connesse e altoparlanti intelligenti ampiamente diffusi nelle abitazioni. Uno degli aspetti più critici emersi attiene la complessità e la varietà dei dati trattati da questi assistenti in grado di eseguire ordini, rispondere a domande, controllare dispositivi domotici, fornire assistenza clienti o rimanere semplicemente in ascolto, in attesa di un comando. I trattamenti possono riguardare sia utenti specificamente identificabili, ad esempio tramite riconoscimento biometrico della voce, sia gruppi indefiniti di persone, come membri di una stessa famiglia. Per mitigare i rischi e migliorare le tutele, i Garanti hanno richiesto ai produttori che gli assistenti vocali siano progettati in modo da garantire la massima trasparenza e riservatezza fin dalla fase di sviluppo (*by design*), attraverso configurazioni predefinite orientate alla protezione dei dati (*by default*). È fondamentale che l'utente possa comprendere con chiarezza lo stato del dispositivo – se in ascolto (*passive listening*) o in esecuzione di un comando – e che vi sia una definizione esplicita della titolarità del trattamento dei dati, anche nei casi in cui intervengano fornitori di servizi terzi. Infine, devono essere ben distinte le finalità per cui i dati vengono elaborati, con un consenso esplicito e separato per specifici trattamenti, come quelli legati a operazioni di marketing, profilazione o apprendimento automatico (*machine learning*) degli algoritmi di intelligenza artificiale<sup>62</sup>. Tra le misure di sicurezza raccomandate rientrano l'adozione di meccanismi di autenticazione robusti, l'impiego di tecniche di pseudonimizzazione e l'applicazione di specifiche garanzie per i dati biometrici, come l'elaborazione del riconoscimento vocale direttamente sul dispositivo anziché attraverso server remoti.

60. Newsletter del Garante della Privacy del 29/03/2021, <https://www.gpdp.it/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9568537> (ultimo accesso 15/04/2025).

61. Par. 1.5, punto 45 EDPB 2021.

62. Par. 1.5.4, punto 58 EDPB 2021.

L'applicabilità del *Data Act*, destinato a integrarsi con il GDPR per rafforzare il controllo di cittadini e imprese sui dati, siano essi personali o non personali, generati dall'interazione con prodotti e servizi, ha avuto impatto immediato sul settore automobilistico, ampliando il diritto alla portabilità dei dati, che, disciplinato dall'art. 20 del GDPR, viene esteso a qualsiasi informazione prodotta attraverso l'uso di dispositivi e macchinari in un evidente cambio di prospettiva che pone al centro l'utente e la sua protezione (*user-centric approach*). Pur non risolvendo esplicitamente la questione relativa alla proprietà dei dati, essendo questi prodotti dal veicolo, ma intrinsecamente connessi all'utente (*my car, my data*), quest'ultimi, attraverso il sistema di regole dettate dagli articoli 3-5 del *Data Act*, diventano i custodi dei dati e potranno accedere ai dati grezzi da loro co-generati e pre-elaborati, compresi i metadati associati, in modo semplice e sicuro, potendone disporre liberamente e senza costi, anche per trasferirli ad un altro operatore economico. L'integrazione dei metadati tra i dati messi a disposizione dell'utente è fondamentale al fine di una contestualizzazione dei dati raccolti, utile alla loro comprensione. Tuttavia restano esclusi i dati derivati o altamente arricchiti da processi complessi o da algoritmi di proprietà di terzi. La portata innovativa del *Data Act* è evidente, rafforzando anche la trasparenza, garantendo agli interessati la possibilità di conoscere se le informazioni vengano raccolte in tempo reale, quali dati siano effettivamente generati dall'utilizzo di un determinato prodotto o servizio e quali modalità di accesso siano previste, imponendo ai costruttori/fornitori di esplicitare se e con quali finalità i dati verranno utilizzati dal fornitore o condivisi con soggetti terzi. Tuttavia, la trasversalità del *Data Act* e la non specificità dello stesso per il settore automobilistico, rientrando nel suo ambito di applicazione per via analogica attraverso il tema della connessione e della produzione di dati, lasciano in ombra aspetti dirimenti come quello della proprietà dei dati che potrebbe essere risolta esclusivamente da una normativa *ad hoc*.

## 5. Conclusioni

Le sfide lanciate dalle *disruptive technological innovations* nell'ambito dei veicoli connessi e dei CAVs (*connected and automated vehicles*), riflettono, in linea di massima, quelle che la massiva applicazione delle tecnologie basate sulla raccolta dei dati hanno rappresentato sia per la consolidata architettura interpretativa giuridica che per gli assetti societari e per la sostenibilità, estensivamente intesa. Come più volte sottolineato, l'approccio non può che essere multidimensionale, coinvolgendo sia i diversi rami del sapere e della conoscenza che, al loro interno, in una prospettiva analitica multilivello, i differenti segmenti che lo compongono. La *cybersecurity* come la *privacy*, quest'ultima proiettata sempre più in una dimensione collettiva<sup>63</sup>, riveste un ruolo ambivalente, sia come prospettiva di sviluppo che di freno, atteso il rigoroso sistema di tutele e

63. Cfr. G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, in *Diritto Pubblico*, n.1, 2019, p. 89 ss.; M. DE TULLIO, *Uguaglianza sostanziale e nuove dimensioni della partecipazione politica*, *Tesi in Diritti Umani. Teoria, storia e prassi - XXXI ciclo*, Napoli, 2018, cap. 3, par. 4.



sanzioni imposte dal legislatore comunitario. Si rende quindi necessario conciliare sinergicamente la tutela dei diritti fondamentali degli utenti-cittadini, in cui la privacy e la *cybersecurity* rientrano a pieno in una dimensione di complementarità e non di opzione binaria<sup>64</sup>, con le opportunità di sviluppo che possono derivare dal trattamento dei dati acquisiti, come nel caso in analisi, da dispositivi installati in un autoveicolo. Il primo passo per avvicinare e fondere la tutela dei diritti con un sostenibile sviluppo è quello di raccogliere la fiducia dell'utente. Il tema della fiducia, all'indomani dell'adozione di sistemi di validazione decentrata come quelli della *blockchain*, riveste un ruolo di primaria importanza ed è una delle direttrici su cui muoversi. L'introduzione di una "user-centered perspective"<sup>65</sup> rappresenta la fase iniziale di un rinnovato modello relazionale tra utilizzatore e produttore, in cui l'utente, fidelizzato mediante l'integrazione tra la propria esperienza d'uso e il patrimonio reputazionale legato al *brand*, presta un consenso libero, specifico e informato (*opt-in*)<sup>66</sup> alla raccolta e all'impiego dei propri dati personali. In tale prospettiva, la fiducia dell'interessato si configurerà come manifestazione del cambiamento paradigmatico delle *policy* aziendali, a condizione che il produttore/fornitore del servizio sia in grado di fornire evidenza oggettiva, supportata da metriche *data-driven*, anche dell'implementazione di un sistema continuativo di formazione (*life long learning*), finalizzato a garantire livelli adeguati di *accountability* in materia di sicurezza informatica e di gestione dei rischi correlati a trattamenti non conformi al quadro normativo vigente in materia di protezione dei dati personali<sup>67</sup>. La previsione della *security awareness* all'interno dei programmi di formazione continua aziendali, qualora integrato con una strategia di *Corporate Social Responsibility* (CSR) ispirata a principi etici di *risk management*, porterà ad una duplice serie di vantaggi: non solo il potenziamento della capacità di risposta dell'organizzazione agli imprevisti, ma anche il consolidamento del rapporto di fiducia con gli *stakeholder*. Ovviamente la prospettiva utente-centrica va estesa all'intero ecosistema, nel momento in cui viene imposto ai singoli nodi della catena produttiva di essere *compliant*. Sulla base di tali premesse, l'adozione per tutto il ciclo vitale del prodotto di standard certificati funge da *buster*, trasformando le buone pratiche, richieste dal

64. M. OROFINO, *Diritto alla protezione dei dati personali e sicurezza: osservazioni critiche su una presunta contrapposizione*, in *Medialaws*, 2018, p. 82 ss.

65. Cfr. F. SCHAFER, H. GEBAUERA, C. GROGER, O. GASSMANN, F. WORTMANNA, *Data-driven business and data privacy: Challenges and measures for product-based companies*, 2023, <https://doi.org/10.1016/j.bushor.2022.10.002> (ultimo accesso 08/04/2025).

66. I dati *opt-in*, in cui il consenso è accordato esplicitamente (art. 6 del GDPR) dall'utente, si differenziano dai dati *opt-out* in cui l'utente non ha espresso un consenso al trattamento, ma questo inizia sino a quando il consenso non viene negato (approccio passivo al consenso).

67. La letteratura scientifica ravvisa nell'aumento dei tassi di utilizzo di dati anonimizzati un *trend* di aumento della fiducia degli utenti, essendo per loro stessa natura atti a limitare i rischi derivanti da eventuali violazioni di sicurezza, riducendo l'esposizione complessiva dei dati personali particolari. Cfr. C. UTZ, M. DEGELING, S. FAHL, F. SCHAUB, T. HOLZ, *(Un)informed consent: Studying GDPR consent notices in the field*, in *Proceedings of the 2019 ACM SIGSAC Conference on Computer and Communications Security*, 2019, <https://doi.org/10.1145/3319535.3354212> (ultimo accesso 05/04/2025).



legislatore comunitario, in eccellenti pratiche, con una considerevole ricaduta in termini reputazionali oltre che di sicurezza. Tuttavia, nell'attuale scenario di accelerazione tecnologica, la *compliance*, pur rivestendo un ruolo imprescindibile, da sola si configura come strumento insufficiente ad orientare la società verso un futuro migliore. Infatti, se da un lato la regolamentazione digitale definisce i confini tra comportamenti leciti e illeciti, evitando la creazione di zone franche in cui, a causa dell'intrinseca opacità dei processi algoritmici, possano rendersi "di fatto non giustiziabili" le decisioni prese attraverso l'utilizzo di tali sistemi<sup>68</sup>, dall'altro non fornisce indicazioni sulle strategie ottimali da adottare all'interno del ventaglio di scelte ammesse, strategie tali da potenziare il benessere collettivo. Coerentemente con quanto sin qui argomentato, spetta sia all'etica digitale, in grado di plasmare i valori e le preferenze morali, sia ad una *governance* digitale efficace, che assicura una gestione oculata delle dinamiche in atto, delineare il cammino verso soluzioni più virtuose<sup>69</sup> e non egoistiche<sup>70</sup>, impedendo, tra l'altro, l'applicazione di "standard privati in concorrenza con valori pubblici"<sup>71</sup>. Se il contesto produttivo si connota per una naturale vocazione al progresso e all'innovazione, l'ordinamento giuridico ha storicamente assunto un ruolo eminentemente reattivo nei confronti delle evoluzioni tecnologiche, attendendo il manifestarsi di criticità per poi intervenire con soluzioni normative *ex post*. Risulta inevitabile, dunque, un definitivo mutamento della struttura epistemica: il diritto, da disciplina essenzialmente adattiva, deve evolversi in una dimensione proattiva, capace di anticipare le trasformazioni e predisporre un quadro normativo che non solo disciplini, ma favorisca l'adozione delle innovazioni emergenti<sup>72</sup>. Sul punto, come osservato da autorevole dottrina, il legislatore europeo attraverso provvedimenti quali il *Digital Services Act*, l'*AI Act*, il *Digital Markets Act* ed in ultimo l'*AI Continent Action Plan* dell'aprile 2025, ha inteso percorrere questa nuova direttrice paradigmatica<sup>73</sup>. Nel solco di questa riflessione, la metafora del "demone" che nel concedere all'umanità il beneficio dell'automobile<sup>74</sup> esige quale tributo il sacrificio di innumerevoli vite (rappresentazione plastica e segnica della dimensione di rischio insita nelle logiche tecnologiche che strutturano l'automobilità convenzionale), potrebbe oggi essere sovvertita attraverso lo sviluppo della mobilità intelligente, la quale, mediante l'integrazione tra infrastrutture connesse e sistemi di interazione

68. A. SIMONCINI, *Il linguaggio dell'intelligenza artificiale e la tutela costituzionale dei diritti*, in *Rivista AIC*, n. 2, 2023, p. 39.

69. Cfr. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale. Sviluppi, opportunità, sfide*, Milano, 2022, p. 129 ss.

70. Cfr. G. DE MINICO, *Big Data e la debole resistenza delle categorie giuridiche. Privacy e lex mercatoria*, cit., p. 114.

71. O. POLLICINO, *Costituzionalismo, privacy e meurodiritti*, in *Medialaws*, 2021, p. 11.

72. Cfr. E. AL MUREDEN, *Diritto dell'automotive. Dalla fabbrica alla strada: tra regole, mercato, tecnologia e società*, Bologna, 2024.

73. Cfr. G. BORGES, *New Liability Concepts: The Potenzial of Insurance and Compensation Funds*, in S. LOHSSE, R. SCHULZE, D. STAUDENMAYER (a cura di), *Liability for Artificial Intelligence and the Internet of Things*, Baden-Baden, 2019, p. 126 ss.; cfr. C. CASONATO, B. MARCHETTI, *Prime osservazioni sulla Proposta di Regolamento dell'UE in materia di intelligenza artificiale*, in *BioLaw Journal. Rivista di BioDiritto*, 2021, n.3, p. 426 ss.

74. *Infra*, introduzione.

veicolo-uomo, promette di ridurre drasticamente il verificarsi di eventi lesivi, ridefinendo lo schema di riferimento della sicurezza stradale. In origine, nel nostro ordinamento, l'introduzione della circolazione veicolare di massa ha portato alla necessità di strutturare un sistema di responsabilità giuridica, inizialmente formalizzato dal solo articolo 2054 del Codice Civile e successivamente integrato dall'istituzione dell'obbligo assicurativo con la Legge n. 990 del 1969, a fronte della crescente diffusione degli autoveicoli e del rischio che proprietario e conducente inserivano nel sistema<sup>75</sup>. Ad oggi, la disciplina della responsabilità per danni derivanti dalla circolazione dei veicoli a motore si fonda su una logica di tutela rafforzata del terzo danneggiato, discostandosi in modo significativo dall'impianto codicistico ottocentesco. La vigente formulazione dell'articolo 2054 c.c., infatti, non si limita a ribadire il principio generale della responsabilità civile, ma introduce una deroga alla regola della responsabilità fondata sulla colpa<sup>76</sup>, invertendo così l'onere della prova a favore della parte lesa. Tale opzione normativa, ispirata da finalità solidaristiche e di protezione degli interessi deboli, trova fondamento in un'evoluzione già in atto nel diritto positivo, anticipata da interventi legislativi speciali risalenti ai primi decenni del Novecento. È del 1912, infatti, una delle prime discipline settoriali dedicate ai sinistri stradali, segno della crescente attenzione per i rischi connessi alla diffusione della mobilità meccanizzata. La norma codicistica del 1942 si innesta dunque su un terreno normativo già tracciato, e trae ispirazione diretta dal codice della strada allora vigente; non è un caso che l'articolo 2054 c.c. riproduca, con minime modifiche, il contenuto dell'articolo 120 del R.D. 8 dicembre 1933 n. 1740<sup>77</sup>, da cui eredita l'impianto sostanziale, introducendo solo lievi correttivi relativi all'identificazione dei soggetti su cui ricade la responsabilità risarcitoria<sup>78</sup>.

Il consolidato sistema di tutele appena descritto, potrebbe essere messo in discussione dall'attuale transizione verso la mobilità *smart*, potenzialmente in grado di equilibrare due poli tradizionalmente in tensione: la circolazione e l'esigenza di sicurezza. I veicoli connessi e cooperativi, di fatti, introducono una prospettiva inedita, in quanto in grado di ridurre sensibilmente, se non azzerare,

75. Cfr. G. CALABRESI, E. AL MUREDEN, *Driverless car. Intelligenza artificiale e futuro della mobilità*, Bologna, 2021.

76. Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, in M. FRANZONI, *Trattato della responsabilità civile*, Milano, 2004; ID., *Dei fatti illeciti*, in F. GALGANO (a cura di) *Commentario del codice civile Scialoja-Branca, Fatti illeciti, supplemento artt. 2043-2056-2059*, Bologna-Roma, 1993.

77. Art. 120 del r.d. 8 dicembre 1933 n. 1740, abrogato dal d.P.R. 13 dicembre 2010 n. 248: "Responsabilità del conducente e del proprietario dei veicoli. Il danno prodotto a persone o cose dalla circolazione di un veicolo si presume dovuto a colpa del conducente. La presunzione è esclusa solo quando questi provi che da parte sua si è avuta ogni cura, per evitare che il danno si verificasse. Non possono in alcun caso considerarsi come danni derivanti da forza maggiore quelli cagionati da difetti di costruzione o di manutenzione del veicolo. Il proprietario del veicolo è obbligato solidalmente col conducente a meno che provi che la circolazione del veicolo sia avvenuta contro la sua volontà, salva la responsabilità che a lui possa incombere secondo i principi generali del Codice civile",

78. C.M. BIANCA, *Diritto civile, La responsabilità*, V, Milano, 1994, p. 747; cfr. F. PECCENINI, *La responsabilità civile per la circolazione dei veicoli*, in P. CENDON (a cura di), *La responsabilità civile*, XIII, Torino, 1998.

l'incidenza del fattore umano quale principale causa dei sinistri stradali, garantendo al contempo una maggiore sostenibilità ambientale. Se da un lato si profilano interrogativi di ordine etico connessi ("moral dilemmas") all'autonomia delle scelte algoritmiche che tali sistemi sono chiamati a compiere in situazioni di emergenza (*trolley problem*)<sup>79</sup>, dall'altro l'attuale impianto giuridico fa già ricorso alla categoria dello stato di necessità<sup>80</sup>, consentendo di arrecare pregiudizio a un terzo per scongiurare un danno più grave al bene vita del conducente e dei trasportati<sup>81</sup>.

Di fatti, la norma dell'articolo 2054 c.c. rispecchia quasi integralmente il contenuto dell'articolo 54, comma 1°, del codice penale, mantenendo inalterati i presupposti costitutivi pur manifestando una declinazione differente degli effetti: mentre, nell'ambito penale, lo stato di necessità opera da esclusione della punibilità dell'agente, nel campo civile esso si configura secondo una logica equitativa, che conferisce al giudice il potere di ridurre il risarcimento ad indennizzo, previa comparazione degli interessi in conflitto. Permane, tuttavia, il dibattito giurisprudenziale e dottrinale, in quanto sussiste il quesito se tale istituto debba essere interpretato come un'esclusione dell'ingiustizia del danno per la sua intrinseca antiggiuridicità oggettiva, rientrando così nell'ambito della responsabilità derivante da un atto lecito dannoso, oppure se esso costituisca un illecito, nella cui configurazione la differenza rilevi unicamente nell'ordinamento delle conseguenze giuridiche, traducendosi appunto in un indennizzo in luogo di un pieno risarcimento; alcuni studiosi,

79. Il *Trolley Problem*, nella versione elaborata da Judith Jarvis Thomson, è un celebre esperimento mentale utilizzato per esplorare i principi della responsabilità morale e i limiti del ricorso al criterio utilitarista secondo cui il fine giustifica i mezzi. L'ipotesi riguarda un individuo che può deviare un tram fuori controllo su un binario secondario, salvando cinque persone a costo di provocare intenzionalmente la morte di una sola. Questo scenario solleva questioni profonde, mettendo a confronto le teorie deontologiche, che vietano di trattare l'essere umano come mezzo per un fine, con quelle consequenzialiste, che giustificano il sacrificio del singolo per un beneficio collettivo. In chiave giuridico-filosofica, il problema tocca la legittimità dell'azione lesiva in funzione di un male minore, e apre a interrogativi cruciali sul nesso tra causalità, imputazione soggettiva e il ruolo della dignità umana come argine al calcolo puramente numerico dell'etica. J.J. THOMPSON, *The Trolley Problem*, in *Yale Law Journal*, 1985, v. 94, <https://doi.org/10.2307/796133>, p. 1415: "It is plausible to think that the present tense matters because the question for the agent at the time of acting is about the present, viz., 'What may I here and now do?' and because that question is the same as the question 'Which of the alternatives here and now open to me may I choose?'" The alternatives now open to the second surgeon are: kill five or kill one. If killing five is worse than killing one, then perhaps he ought to, but at any rate he may, kill the one",

80. Cfr. M. FRANZONI, *L'illecito*, in *Tratt. Franzoni*, cit.; cfr. M. BRIGUGLIO, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Padova, 1963, p. 146; cfr. B. TROISI, *Lo stato di necessità nel diritto civile*, Napoli, 1988, p. 92.

81. European Commission: Directorate-General for Research and Innovation, *Ethics of connected and automated vehicles – Recommendations on road safety, privacy, fairness, explainability and responsibility*, Publications Office, 2020, cit.: "Consider, as a first topic, the safety of CAVs. An academic and public debate on so-called "moral dilemmas" with automated vehicles has vividly shown that crash avoidance by CAVs is not only a technical challenge but also an ethical and societal one. Dilemma situations are rare accident scenarios in which a highly automated CAV finds itself confronting an unavoidable crash and yet has the possibility of choosing between the road users that will be harmed by the event (e.g. a group of pedestrians, or the CAV's occupant)"; cfr. J.F. BONNEFFON, A. SHARIFF, I. EAHWAN, *The social dilemma of autonomous vehicles*, 2016, <https://doi.org/10.1126/science.aaf2654> (ultimo accesso 13/04/2025).

infatti, propongono di inquadrare lo stato di necessità quale fonte tipica di responsabilità civile di natura equitativa, finalizzata a conseguire un bilanciamento puntuale degli interessi in contrapposizione, il che determina, a sua volta, la distinzione tra una responsabilità di carattere oggettivo e un'altra concepita sulla base del criterio dell'imputazione dell'ingiustificato arricchimento<sup>82</sup>.

Accanto a queste riflessioni ci si interroga anche sulla effettiva idoneità del sistema codicistico della responsabilità a reggere l'urto delle trasformazioni tecnologiche in corso. L'articolo 2054 c.c., concepito in un'epoca in cui la presenza di un conducente umano rappresentava un presupposto ineludibile, si rivela oggi strutturalmente inadeguato a regolare situazioni in cui la condotta, la colpa, il controllo diretto dell'agente umano viene meno, sostituito da una serie di processi decisionali eterodiretti e affidati a *software* complessi, privi di intenzionalità in senso giuridico. L'ipotesi di colmare questa lacuna attraverso un'inversione dell'onere della prova a carico del presunto danneggiante si rivela insufficiente. Tale soluzione, se applicata rigidamente, presuppone infatti la possibilità di identificare un soggetto che abbia avuto il controllo del mezzo e che sia in grado di fornire una ricostruzione alternativa dei fatti, idonea a escluderne la responsabilità. Nei veicoli a guida automatizzata, però, la funzione di guida non è più esercitata da un soggetto umano, bensì da un sistema tecnologico inaccessibile, il cui funzionamento sfugge alla comprensione tanto dell'utilizzatore quanto dell'eventuale danneggiante. Di conseguenza, l'inversione dell'onere probatorio rischia di diventare uno strumento puramente formale, incapace di garantire una tutela sostanziale. L'utente di un veicolo automatizzato si trova, in effetti, in una condizione di affidamento assoluto: utilizza un prodotto altamente sofisticato, la cui opacità funzionale lo priva della possibilità di intervento, ma anche di difesa. In tale contesto, diventa necessario elaborare un regime giuridico incentrato su una protezione rafforzata, capace di riequilibrare la sproporzione tra chi subisce un danno e chi detiene il potere tecnologico e informativo. Un simile approccio impone il superamento della logica colposa a favore di modelli fondati sulla mera sussistenza del nesso causale tra funzionamento del mezzo e verifica dell'evento dannoso. La riconduzione di tale responsabilità in capo al produttore, al fornitore di tecnologia o a qualsiasi altro soggetto che tragga profitto dall'immissione sul mercato di tali sistemi, appare non solo giuridicamente coerente, ma anche socialmente necessaria nella

82. Sulla funzione surrogatoria, v. Corte di Cassazione, sez. III, 18 novembre 2010 n. 23275, *inedita*: "L'art. 2045 cod. civ., laddove riconosce in favore del danneggiato un'indennità nell'ipotesi in cui chi ha compiuto il fatto dannoso abbia agito in stato di necessità, ha una funzione surrogatoria od integratrice, avendo lo scopo di assicurare al danneggiato un'equa riparazione; ne consegue che non è affetta da violazione di legge la sentenza con cui il giudice d'appello, individuati nel fatto gli estremi dello stato di necessità e corretta in tal senso la motivazione della prima sentenza (che, invece, aveva attribuito al danneggiante la responsabilità risarcitoria ai sensi dell'art. 2043 cod. civ.), esercitando il proprio giudizio equitativo, liquidi in favore del danneggiato, a titolo di indennità, la stessa somma di danaro che il primo giudice aveva liquidato a titolo risarcitorio. (Rigetta, App. Venezia, 25/03/2005)".

prospettiva di una responsabilità distribuita. La guida automatica, lungi dal rappresentare una mera evoluzione meccanica, segna un passaggio epocale nella struttura della responsabilità civile, che non può più fondarsi esclusivamente su categorie novecentesche. L'emergere di entità non umane capaci di determinare autonomamente il corso degli eventi impone l'adozione di una nuova grammatica giuridica, capace di cogliere l'essenza della vulnerabilità digitale del consumatore e di offrire soluzioni strutturalmente orientate alla tutela effettiva. Soltanto una risposta normativa organica, fondata su criteri di responsabilità distributiva e non meramente soggettiva, può restituire equilibrio a un rapporto in cui il potere tecnologico tende a dissolvere la centralità della persona, e con essa, la sua tradizionale posizione giuridica. Appare necessario, al netto di ogni discussione, preservare e rafforzare l'autonomia umana, limitando e rendendo intrinsecamente revocabile l'autonomia conferita alle macchine, soprattutto quando essa rischi di pregiudicare il predominio del giudizio umano. Questo scenario richiama il concetto di meta-autonomia, intesa quale struttura decisionale che regola il processo di delega; in tale ambito, l'essere umano conserva il potere di stabilire quali decisioni debbano essere assunte direttamente e in quali circostanze possa essere lecito cedere parte di tale prerogativa, qualora, per ragioni di efficienza o altre priorità operative, risulti vantaggioso<sup>83</sup>. Nel contesto dei veicoli autonomi, questa prospettiva implica lo sviluppo di sistemi che non si limitino a seguire algoritmi predefiniti, ma siano capaci di apprendere e rivalutare continuamente i propri protocolli decisionali. La meta-autonomia diventa così un meccanismo di auto-riflessione etica, che consente alla macchina di valutare la correttezza delle proprie azioni in un contesto dinamico e imprevedibile<sup>84</sup>. Tuttavia, ogni delega deve essere concepita come una concessione temporanea e rivedibile che non pregiudichi in alcun modo il diritto fondamentale di riprendere il controllo decisionale, garantendo all'agente umano di poter decidere nuovamente<sup>85</sup>.

Concludendo, è ineludibile come il diritto e l'etica non possano più limitarsi a rincorrere il progresso, sopraggiungendo solo quando siano state compiute scelte sbagliate, nel tentativo di recuperare errori, ma devono assumere un ruolo centrale nella sua *governance*, trasformandosi, nel solco indicato dal legislatore europeo, da mero regolatore *ex post* a strumento di orientamento e indirizzo *ex ante* delle innovazioni tecnologiche<sup>86</sup>. La mobilità intelligente non è solo una frontiera ingegneristica, ma anche una sfida etica e giuridica che impone un ripensamento strutturale

83. Cfr. L. FLORIDI, J. COWLS, M. BELTRAMETTI, R. CHATILA, *AI4People-An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations*, in *Minds and Machines*, 2018, p. 689 ss., <https://doi.org/10.1007/s11023-018-9482-5> (ultimo accesso 03/06/2025); Cfr. S.C. MATTEUCCI, *Umano troppo umano. Decisioni amministrative automatizzate e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, n.1, 2019, p. 5 ss., <https://doi.org/10.1438/93718> (ultimo accesso 03/06/2025).

84. Cfr. L. FLORIDI, *The Logic of Information: A Theory of Philosophy as Conceptual Design*, 2019, OUP Oxford.

85. Cfr. L. FLORIDI, *Etica dell'intelligenza artificiale*, cit., p. 98.

86. Cfr. A. SIMONCINI, *L'algoritmo incostituzionale: intelligenza artificiale e il futuro delle libertà*, in *BioLaw Journal – Rivista di BioDiritto*, n.1, 2019, p. 63 ss.

delle categorie della responsabilità e della tutela dei diritti fondamentali, anche prevedendo sistemi di *liability* in discontinuità con i modelli tradizionali<sup>87</sup>, affinché l'evoluzione tecnologica non si traduca nell'ennesimo vuoto normativo, ma, *de iure condendo*, in un equilibrio dinamico tra progresso, sostenibilità e garanzie sociali. In tale cornice concettuale, il progresso tecnologico, superando lo standard di verità provata e obiettiva, si profila come “un sapere motivato da un proposito più esteso, coinvolgente l'intero destino dell'essere umano”<sup>88</sup>. È di tutta evidenza che questa volta, la nottola di Minerva dovrà, per tutti, alzarsi in volo prima che faccia buio e non quando le ombre del crepuscolo hanno già iniziato a riempire il cielo di chiaroscuri<sup>89</sup>!

87. Cfr. K.S. ABRAHAM, R.L. RABIN, *Automated Vehicles and Manufacturer Responsibility for Accidents: a new legal regime for a new era*, in *Va. J. Int'l L.*, n. 105, 2019, <https://law.stanford.edu/wp-content/uploads/2018/04/automated-vehicles-article-SSRN-version-pdf-3-28-18.pdf> (ultimo accesso 10/04/2025).

88. Cfr. P. ZELLINI, *Il teorema di Pitagora*, Milano, 2023, p. 17, in A. COLAMEDICI, S. ARCAGNI, *L'algoritmo di Babele*, Milano, 2024, p. 128.

89. “Del resto, a dire anche una parola sulla dottrina di come dev'essere il mondo, la filosofia arriva sempre troppo tardi. Come pensiero del mondo, essa appare per la prima volta nel tempo, dopo che la realtà ha compiuto il suo processo di formazione ed è bell'e fatta. Questo, che il concetto insegna, la storia mostra, appunto, necessario: che, cioè, prima l'ideale appare di contro al reale, nella maturità della realtà, e poi esso costruisce questo mondo medesimo, colto nella sostanza di esso, in forma di regno intellettuale. Quando la filosofia dipinge a chiaroscuro, allora un aspetto della vita è invecchiato, e, dal chiaroscuro, esso non si lascia ringiovanire, ma soltanto riconoscere: la nottola di Minerva inizia il suo volo sul far del crepuscolo”, G. W. F. HEGEL, *Lineamenti di filosofia del diritto*, Bari, 1965, p. 14 ss.



## Towards the Future of Mobility: Ethical and Legal Challenges of Autonomous Vehicles in Europe\*

Martina Baltuzzi

Dottoranda in Law, Science and Technology, Università degli Studi di Torino

### Abstract

*Autonomous vehicles (AVs) are expected to revolutionize mobility, integrating advanced technology with urban development and promising increased safety, efficiency and sustainability. This article examines the normative aspects connected to autonomous mobility, investigating the ethical dilemmas and the legal regulatory challenges stemming from the implementation of AVs. A focal point in the analysis is represented by the German approach, a leading example within the fragmented European landscape. The research highlights the necessity of a harmonized approach in the EU to ensure a safe and responsible integration of AVs into society.*

*Verso il futuro della mobilità: sfide etiche e giuridiche delle auto a guida autonoma in Europa.*

*I veicoli a guida autonoma detengono un potenziale rivoluzionario nel campo della mobilità, promettendo maggiore sicurezza, efficienza e sostenibilità grazie all'integrazione di tecnologie avanzate nel contesto urbano. L'articolo esamina i profili normativi connessi alla mobilità autonoma, ne indaga i dilemmi etici e le sfide regolatorie, e sottolinea la necessità di adottare un approccio armonizzato per garantire una sicura integrazione dei veicoli senza conducente. Punto focale dell'analisi è rappresentato dall'iniziativa di legislazione tedesca, considerata un esempio di riferimento all'interno del frammentato panorama europeo.*

\* Sottoposto a referaggio.

*Keywords: Autonomous vehicles, autonomous mobility, trolley problem, legislative challenges, German legislation.*

*Parole chiave: Auto a guida autonoma, mobilità autonoma, dilemma del carrello ferroviario, sfide legislative, regolamentazione tedesca.*

**Summary** – 1. Introduction – 2. Normative reasonings in AVs: ethics and the law – 3. Liability concerns – 4. The European regulatory framework – 5. The German national framework. – 6. Conclusion.

## 1. Introduction

Autonomous vehicles (AVs), i.e. automobiles equipped with a self-driving mode designed to perform some or all driving tasks without human intervention, represent a significant innovation in the automotive industry, as they constitute a great example of the intersection between technology and urban environment, potentially transforming the way people perceive mobility. Their first appearance can be traced back to the United States in the first half of the 1900s, when traffic accidents were an alarming social issue due to their fatality rates.<sup>1</sup> Even though cities worldwide are currently experiencing rapid innovation in autonomous transportation, we are still far away from witnessing a state of total independence in mobility. In this regard, the Society of Automotive Engineers (SAE) defined six levels of automation in vehicles, ranging from no autonomy to a complete one, where each step is characterized by specific elements that outline the system's minimum capabilities.<sup>2</sup> A fundamental distinction arises between level 2, where a portion of the driving act is still in the hands of humans, and level 3, where the AV is required to automatically perform every “dynamic driving task”.<sup>3</sup> First introduced in 2014 and later updated in 2016 and 2021, this classification quickly became an industry standard, and it is today frequently referred to in academic literature.

1. This datum was due to a specific circumstance: in the US the mass adoption of automobiles started three decades earlier with respect to Europe, and the primary cause of the accidents was attributed to driver errors. P. D. NORTON, *Fighting Traffic: The Dawn of the Motor Age in the American City*, MIT Press, 2011.

2. SAE International, *SAE Levels of Driving Automation™ Refined for Clarity and International Audience*, 2021.

3. “The term dynamic driving task includes the operational (steering, braking, accelerating, monitoring the vehicle and roadway) and tactical (responding to events, determining when to change lanes, turn, use signals, etc.) aspects of the driving task, but not the strategic (determining destinations and waypoints) aspect of the driving task”. V. ILKOVÁ, A. ILKA, *Legal aspects of autonomous vehicles – An overview*, 21st International Conference on Process Control (PC), 2017, p. 428-433.



## SAE J3016™ LEVELS OF DRIVING AUTOMATION™

Learn more here: [sae.org/standards/content/j3016\\_202104](https://www.sae.org/standards/content/j3016_202104)

Copyright © 2021 SAE International. The summary table may be freely copied and distributed AS-IS provided that SAE International is acknowledged as the source of the content.

	SAE LEVEL 0™	SAE LEVEL 1™	SAE LEVEL 2™	SAE LEVEL 3™	SAE LEVEL 4™	SAE LEVEL 5™
What does the human in the driver's seat have to do?	You <u>are</u> driving whenever these driver support features are engaged – even if your feet are off the pedals and you are not steering			You <u>are not</u> driving when these automated driving features are engaged – even if you are seated in “the driver’s seat.”		
	You must constantly supervise these support features; you must steer, brake or accelerate as needed to maintain safety			When the feature requests, you must drive	These automated driving features will not require you to take over driving	
Copyright © 2021 SAE International.						
	These are driver support features			These are automated driving features		
What do these features do?	These features are limited to providing warnings and momentary assistance	These features provide steering OR brake/acceleration support to the driver	These features provide steering AND brake/acceleration support to the driver	These features can drive the vehicle under limited conditions and will not operate unless all required conditions are met	This feature can drive the vehicle under all conditions	
	<ul style="list-style-type: none"><li>• automatic emergency braking</li><li>• blind spot warning</li><li>• lane departure warning</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• lane centering OR</li><li>• adaptive cruise control</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• lane centering AND</li><li>• adaptive cruise control at the same time</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• traffic jam chauffeur</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• local driverless taxi</li><li>• pedals/steering wheel may or may not be installed</li></ul>	<ul style="list-style-type: none"><li>• same as level 4, but feature can drive everywhere in all conditions</li></ul>
Example Features						

Figure 1 – SAE levels of driving automation<sup>4</sup>

Among the potential benefits that could follow the implementation of this technology, AVs’ revolutionary power is first believed to lie in the ability to solve the most recent challenges of urbanization, such as climate change, congestion and greenhouse gas (GHG) emissions;<sup>5</sup> hence, smart urban mobility technology<sup>6</sup> has emerged as a crucial component of modern civic policy agendas, aimed at mitigating the adverse impacts of contemporary travelling. Moreover, the employment

4. SAE International, *SAE Levels of Driving Automation*, cit.

5. According to Kamruzzaman, around a quarter to one-third of GHG emissions can be attributed to transportation, an essential element of the city itself. M. KAMRUZZAMAN, J. HINE, T. YIGITCANLAR, *Investigating the link between carbon dioxide emissions and transport related social exclusion in rural Northern Ireland*, in *International Journal of Environmental Science and Technology*, 2015.

6. Smart urban mobility is defined by the convergence of intelligent vehicle technologies and sustainable transportation systems, facilitated by cooperative Intelligent Transport Systems (ITS). Therefore, the development of autonomous vehicles, which combines a vast range of ITS tools, is among the cutting-edge applications of this new perspective. K. EMORY, F. DOUMA, J. CAO, *Autonomous vehicle policies with equity implications: Patterns and gaps*, in *Transportation Research Interdisciplinary Perspectives*, 2022.

of driverless cars may offer several other advantages, such as increased mobility, reduced resource consumption, lower emissions, decreased need for parking spaces, and improved traffic safety.<sup>7</sup> Furthermore, by enhancing transportation access, AVs hold the potential to create a more equitable future, particularly for marginalized groups, and could therefore improve the quality of life of many disadvantaged people.<sup>8</sup> As autonomous vehicles progressively diminish the role of human drivers, the exploration of research questions concerning their normative oversight becomes increasingly vital. As a result, the article will first address the ethical considerations related to the widespread adoption of AVs, highlighting the importance of conducting effective moral reasoning vis-à-vis autonomous mobility. Then, recognizing the challenging need to create new effective regulations, as well as to adapt and update existing laws and their enforcement, it will be conducted an analysis of the European legislative framework, investigating liability concerns and stressing the importance of the German national framework.

## 2. Normative reasonings in AVs: ethics and the law

The introduction of AVs will represent a significant milestone in society since, for the first time in history, artificially intelligent systems will interact with humans in real-world settings, traveling at high speeds and on a large scale, thus generating dilemmas in the field of ethics. Current literature on this matter primarily focuses on crash scenarios involving some kind of unavoidable damage, where an autonomous vehicle must take decisions about how to distribute such a harm. When faced with an imminent collision, indeed, the system may be forced to solve controversies, about which the *trolley problem* can be considered one of the most emblematic thought-experiments. Specifically, trolley cases are idealized scenarios where an individual, in the guise of an autonomous vehicle, is confronted with a choice between two evils, which will result in different distributions of unavoidable harm. The trolley problem was first introduced by the English philosopher Philippa Foot in 1967,<sup>9</sup> and later modified in 1976 by the American scholar Judith Jarvis Thompson with the “switch” and “bridge” versions.<sup>10</sup> The significance of these types of dilemmas<sup>11</sup>

7. K. EMORY, F. DOUMA, J. CAO, *Autonomous vehicle policies with equity implications: Patterns and gaps*, in *Transportation Research Interdisciplinary Perspectives*, 2022.

8. *Ibid.*

9. Foot presents the following hypothetical situation: “*The driver of a runaway tram can only steer from one narrow track on to another; five men are working on one track and one man on the other; anyone on the track he enters is bound to be killed. [...] The question is why we should say, without hesitation, that the driver should steer for the less occupied track.*” P. FOOT, *The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect*, in *Oxford Review*, 1967.

10. J. J. THOMSON, *The trolley problem*, in *Yale Law Journal*, 1985, vol. 94(6), p. 1395-1415.

11. Despite Foot’s original problem and Thomson’s standard one being the most read and discussed versions of trolley cases, academics and scholars proposed through time a list of variations to these interesting experiments – such as the “loop” version –, with the aim of analysing ethical principles on the basis of individuals’ intuitive responses.

does not lie in equating autonomous vehicles with real-world trolleys, but rather in highlighting the challenging ethical decisions that AVs will have to face once introduced in society. Indeed, unlike humans who rely on instinct, driverless cars are programmable and therefore will require explicit instructions on how to act in such cases.<sup>12</sup>

Among further moral implications arising from the introduction of driverless cars, the questions posed by social norms and the law are fundamental. Following the reasoning of Pagallo,<sup>13</sup> the normative challenges of AVs recommend taking into consideration their *politics*. The term encompasses both a broad and narrow meaning, although they can be viewed as complementary. The narrow meaning of politics regards activities related to a country's governance and international relations; in the context of driverless cars, this includes the modification to already existing traffic laws with the aim of accommodating the adoption of this technology in driveways. The broader sense of the term, instead, can be drawn from the idea of Aristotle, according to whom politics has to do with the concepts of "practical science" and "practical reason", including ethics and the law, social customs and economics. On this basis, it is possible to identify several main issues related to autonomous vehicles that require attention.<sup>14</sup> The first concerns the ethics of AVs: it is indeed crucial to examine whether the existing declarations and guidelines should oppose current legislation, adopting therefore a hard ethics approach, or if it is only necessary to improve current norms in accordance with a soft ethics approach.<sup>15</sup> In most Western political systems, the institutional debate about driverless cars regards primarily the soft side of ethics, a tendency that can be attributed to various factors. Among the main reasons, there exists a long-lasting tradition of adherence to international provisions, such as the European Convention on Human Rights and the EU Charter of Fundamental Rights. Ongoing initiatives concerning ethics in autonomous mobility commonly held this latter view.<sup>16</sup>

12. Even though the trolley problem often serves as an effective explanation for the need of ethics when programming AVs, nevertheless its application has faced considerable criticism by scholars; to this regard, it is essential to acknowledge that real-world situations faced by AVs will be significantly more intricate, involving multiple actors, uncertain information, and various external factors; thus, this theoretical question is not able to solve alone the complex issue of AVs programming. However, the purpose of the trolley problem is precisely the one it has served: to force people to acknowledge, and then choose a position on, an important moral feature that is subject to disagreement. N. G. EVANS, *Ethics and risk distribution for autonomous vehicles*, in R. JENKINS, D. ČERNÝ, T. HŘÍBEK (Edited by), *Autonomous Vehicle Ethics: The Trolley Problem and Beyond*, Oxford University Press, 2022.

13. U. PAGALLO, *The Politics of Self-driving cars – Soft ethics, hard law, big business, social norms*, in R. JENKINS, D. ČERNÝ, T. HŘÍBEK (Edited by), *Autonomous Vehicle Ethics*, cit.

14. *Ibid.*

15. To clarify this distinction: in hard ethics the emphasis lies on determining actions that ought to be taken to align with current laws or go against them, while in soft ethics the concern is about enhancing and reinforcing existing regulations. See L. FLORIDI, *Soft ethics and the governance of the digital*, in *Philosophy and Technology*, 2018, 31(1), p. 1-8.

16. U. PAGALLO, *The Politics of Self-driving cars*, cit.

Both in the EU and in the US, the current regulatory landscape surrounding AVs is very fragmented: in this realm, each State has its own set of laws, either federal or regional; although most of these norms are expected to undergo revisions soon. Whereas autonomous vehicles have the potential to enhance public safety, promote better health outcomes, alleviate traffic congestion and revolutionize mobility systems, their widespread adoption might face a significant obstacle: public distrust. In fact, social barriers hindering the acceptance of AVs often appear to revolve around human perception: when public opinions diverge on the benefits and drawbacks of autonomous vehicles, it becomes increasingly difficult to rely on social norms that effectively address the challenges associated with technological innovation. Therefore, considering the broader sense of politics, it becomes fundamental to strike a balance between ethical, political, economic and societal issues in the governance of driverless cars.<sup>17</sup>

From a normative point of view, there can be three approaches to reach this ambitious goal: the reliance on traditional forms of hard law, co-regulation or self-regulation.<sup>18</sup> Pagallo, in this regard, notes a limited room for both the first and the third option in the realm of autonomous vehicles; in fact, with the advancement of technology, the suitability of traditional, rigid legal frameworks diminishes. However, it remains crucial to manage social norms and market forces through the robust tools provided by the law. Therefore, the search for co-regulatory solutions becomes fruitful. By combining elements of both legal regulation and collaborative approaches, co-regulation offers a promising avenue to effectively govern AVs and strike a balance between innovation and accountability, taking also into account the ethical and societal aspects of the field.<sup>19</sup>

### 3. Liability concerns

It was previously discussed how autonomous vehicles could potentially reduce fatalities on the road by fostering a safer mobility; nonetheless, if legal and societal obstacles will not be torn down in the near future, then manufacturers would be discouraged from developing and commercializing AVs.<sup>20</sup> Philosophers, such as Foot and Thomson, have proposed thought experiments, e.g., the trolley problem, to shed light on how ethics might guide the moral issues posed by self-driving cars: such a guide can be useful to developers in deciding which conduct could be the best to “teach” to the AV in difficult situations, for example, when an accident is unavoidable. However, it is fair to admit that a solid and detailed legal background is still needed. Consequently, especially

17. *Ibid.*

18. Like any other bottom-up approach with limited legal framing.

19. U. PAGALLO, P. CASANOVAS, R. MADELIN, *The middle-out approach: assessing models of legal governance in data protection, artificial intelligence, and the web of data*, in *The Theory and Practice of Legislation*, 2019, 7(1), p. 1-25.

20. S. S. WU, *Autonomous vehicles, trolley problems, and the law*, in *Ethics and Information Technology* Vol. 22, 2020, p. 1-13.



within the European context, the exploration of research questions concerning the normative oversight of autonomous vehicles is becoming increasingly vital.<sup>21</sup>

Current main legal barriers can be organized into three categories: issues of compliance arising from the introduction of AVs into the mass market, information governance,<sup>22</sup> and responsibility. Liability concerns related to driverless vehicles, in particular, pose the most significant challenges,<sup>23</sup> having received extensive attention by scholars both in civil and criminal law.<sup>24</sup> Indeed, in the context of conventional vehicles, the driver is typically held responsible in the event of a crash; instead, with the approaching changes in transportation, this practice will unavoidably face shortcomings to adequately address the emerging mobility landscape. Concerning agency issues in AVs, scholars have identified several stakeholders, such as automobile and insurance companies, manufacturers, developers and owners.<sup>25</sup> In the event of an accident involving an autonomous vehicle, the allocation of liability among these parties remains uncertain, and it raises questions about the potential responsibility of drivers if there were manual intervention options available to prevent the crash.<sup>26</sup> As regards civil liability, the most prominent solutions include operator liability, product liability, strict liability and no-fault compensation. The first approach could offer a straightforward path for victims to seek recourse after an accident, absolving however the manufacturer of its duty to exercise caution. Product liability would place on victims the significant burden of proving a system flaw or a defect: without any technical expertise, this process could be daunting for individuals. Strict liability might be able to mitigate this latter challenge, but its adoption could result in delaying the implementation of an innovative technology. Finally, no-fault compensation might provide an efficient means for victims to obtain reimbursement, while also ensuring easy financial management for manufacturers: in case of harm caused by an autonomous vehicle, reparation – subject to the parameters outlined in the governing legislation – would be provided to the victims and individuals involved. In this case, the insurer would assume responsibility and therefore dispense the reimbursement<sup>27</sup>. A no-fault compensation scheme

21. V. ILKOVÁ, A. ILKA, *Legal aspects of autonomous vehicles*, cit., p. 428-433.

22. Examples of compliance issues may regard the kind of license that should be required to operate AVs, while examples of information governance issues may pertain to the protection and management of data generated by AVs.

23. According to attorney Stephen Wu, here are some of the questions that are still unanswered in terms of accountability: “what happens when an AV has an accident? Who is responsible? Will manufacturers face such crushing liability that it could cause them to exit the market or deter them from developing and marketing AVs in the first place?” S. S. WU, *Autonomous vehicles*, cit., p. 1-13.

24. M. ALAWADHI, J. ALMAZROUIE, M. KAMIL, et al., *Review and analysis of the importance of autonomous vehicles liability: a systematic literature review*, in *International Journal of System Assurance Engineering and Management*, Vol. 11, 2020, p. 1227-1249.

25. *Ibid.*

26. *Ibid.*

27. Remarkably, this form of compensation would be granted irrespective of any product defects, manufacturer faults, operator negligence, or the involvement of any other party in providing the mobility service. S. VAN UYT-

could take various forms, since the insurance taker could be the vehicle user or the manufacturer, and contributions to the victim compensation fund could originate from a broader array of sources, including tax revenue. Given the adaptable nature of no-fault compensation, drafting an accurate and thoughtful law outlining the specificities of this approach could help strike a balance between safeguarding victims and supporting innovation.<sup>28</sup>

In the criminal law field, the focus is on the principle of legality, according to which no crime exists without a specific norm. Since autonomous vehicles – and in general technological innovations – will trigger new circumstances, it then becomes necessary to insert additional provisions to address new crimes. Typically, criminal laws require two elements: *actus reus* and *mens rea*. Yet, in the realm of automobile-related crimes, road regulations present different *mens rea* standards: for example, in the case of more severe offenses committed by a driver, demonstrating recklessness or a deliberate and flagrant disregard for the safety of individuals or property becomes imperative.<sup>29</sup> However, even though certain norms require both elements, a significant portion of traffic regulations only requires the *actus reus*: this single requirement implies that the majority of road criminal violations will fall under strict liability offences, which pertain to “crimes that authorize liability no matter what the evidence would show about the actor’s fault with regard to a particular material element of the offense”.<sup>30</sup> Therefore, road regulations may often provide for scenarios where the individual’s fault has no relevance, and the only necessary step is to verify the occurrence of an *actus reus*; because of this peculiarity, strict liability offences could present benefits and advantages in most criminal cases, even considering the involvement of autonomous vehicles.<sup>31</sup>

#### 4. The European regulatory framework

It is important, within the mobility sector, that tech companies and automobile producers can drive innovation in vehicle systems together, providing developers with the right support and collaboration to deploy new technologies. In order to facilitate effective communication between different stakeholders and public authorities, i.e. legal and political actors, it is fundamental to develop a standardized terminology and a normative framework delineating advanced mobility,

SEL, D. V. VARGAS, *Autonomous Vehicles – Business, Technology and Law*, in *Perspectives in Law, Business and Innovation*, Springer, 2021.

28. *Ibid.*

29. J. GURNEY, *Driving Into the Unknown: Examining the Crossroads of Criminal Law and Autonomous Vehicles*, in 5 *Wake Forest J.L. & Pol’y* 393, 2015.

30. A. C. MICHAELS, *Constitutional Innocence*, in *Harvard Law Review*, Vol. 112(4), 1999, p. 828–902.

31. According to Michaels, there are at least four types of criminal laws that must be considered when discussing AVs: general traffic laws, driving under the influence (DUI) laws, reckless driving and due care laws and vehicular manslaughter. A. C. MICHAELS, *Constitutional Innocence*, cit.

so that the path towards road safety can be more easily travelled. Considering in particular how national jurisdictions may slow down the progress in this field, a unified approach within the EU seems fundamental: if not adopted, non-harmonized norms could eventually undermine the competitiveness of the Union.<sup>32</sup> In this regard, technical requirements and international traffic regulations have already been established on a global scale at the United Nations level<sup>33</sup>, and they are now being developed through the delineation of AVs standards by working groups in which the European Union, along with its Member States, is actively participating.<sup>34</sup>

Globally, the field of mobility includes several international documents and treaties, which hold great importance to their contracting parties and the global community. In particular, the *Geneva Convention on Road Traffic*, approved in Geneva in 1949 and entered into force on 26 March 1952, is particularly relevant for promoting the development and safety of international transportation.<sup>35</sup> As regards the European Union, although presenting a comprehensive set of regulations governing traffic in today's technological context, it lacks specific provisions addressing the definition of "driver" and "driving". To date, the EU has not established a normative framework for autonomous vehicles, even though substantial efforts have been made in this regard within the High-Level Group GEAR 2030 initiative<sup>36</sup>. In October 2017, after an eighteen-months investigation, the High Level Group on the competitiveness and sustainable growth of the automotive industry in the European Union published its final report,<sup>37</sup> addressing how mobility industries could act in order to tackle technological changes and adapt to current trends. The document highlighted two pivotal areas in which the EU should advance to maintain global competitiveness:

32. *Ibid.*

33. In the realm of international governance on this topic, the United Nations Economic Commission for Europe plays a fundamental role. The UNECE stands as one of the five regional Commissions under the administration of the UN Economic and Social Council, comprising a total of 56 countries and operating as a platform for fostering economic collaboration. Within this body, the Inland Transport Committee serves as a forum for international cooperation and dialogue in the matter of inland movement, both of persons and goods, and over the years it resulted in more than 50 international agreements and conventions, successfully establishing a legal framework for the improvement of international roads and rails. Part of the ITC are two permanent subsidiary bodies, whose work is significantly shaping the implementation of driverless cars technologies: the Working Party on Road Traffic Safety (WP.1) and the World Forum for Harmonization of Vehicle Regulations (WP.29).

34. At the core of the discussion, together with the aim of implementing and integrating autonomous vehicles, it lays the objective of addressing how data protection and cybersecurity can be fortified in this realm, as well as finding comprehensive answers to liability concerns. European Parliament, *Automated vehicles in the EU*, 2016.

35. United Nations, *Convention on Road Traffic*, 1949.

36. The European High-Level Groups are tripartite and independent bodies that temporarily work on specific policy sectors or strategic issues, and they are composed of members coming from national governments, corporations, universities and associations. Each HLG eventually issues a final report, agreed by consensus, with recommendations on the analysed topic.

37. European Commission, *High Level Group GEAR 2030 report on automotive competitiveness and sustainability is published*, 2017.

zero-emissions vehicles and autonomous driving. With regard to the latter, notably, the sixth section of the report states the following:

Automated and Connected vehicles in particular bring new challenges for regulators and policy makers concerning e.g. road safety, environmental, societal and ethical issues, cybersecurity protection of personal data, competitiveness and jobs, etc. which need to be addressed. The big question is how to develop a new coherent legal framework for some vehicles that have not yet been built. These challenges need to be tackled by both Member States and the Commission.<sup>38</sup>

Experts in the HLG advocated for the importance of research and funding initiatives at both the European and the national level, calling for additional support in terms of policies and regulatory measures concerning AVs. The report analysed the ways in which Europe could effectively regulate the use of driverless cars, highlighting again the need to divide responsibilities between Member States and the EU, and underlining the importance of implementing “policy initiatives and regulatory initiatives to ensure the best framework for the development of these fast evolving technologies while at the same time being able to cope with the associated challenges”.<sup>39</sup> Moreover, potential legislative actions involving autonomous cars were analysed in terms of road safety, liability and data protection. The report stressed how the advent of AVs will result in a blurring of conventional boundaries between regulations targeting drivers and those focusing on vehicles; consequently, it advised to consider future adjustments to both vehicles and traffic rules in order to prevent conflicts.<sup>40</sup>

Another crucial initiative on driverless cars is represented by the document, issued in 2018 by the European Commission, ‘On the road to automated mobility: An EU strategy for mobility of the future’.<sup>41</sup> The text set the objective of ensuring policies able to support the proper development of AVs, outlining the proposal for “a comprehensive EU approach towards connected and automated mobility, setting out a clear, forward looking and ambitious European agenda”.<sup>42</sup> Moreover, the difficulties in establishing liability in the event of crashes or accidents, when higher levels of automation will be reached, are once again stressed in the document. Hence, the Commission proposed to “regulate data recorders for automated vehicles as part of the revision of the General

38. European Commission, GEAR 2030. *High Level Group on the Competitiveness and Sustainable Growth of the Automotive Industry in the European Union. Final report*, 2017.

39. *Ibid.*

40. “Automated vehicles will blur the traditional distinction between rules applying to drivers (mainly national traffic rules) and rules applying to vehicles (mainly harmonized EU vehicle approval legislation). It is therefore essential that adaptation on vehicles and on traffic rules follow a coherent path”. *Ibid.*

41. European Commission, *On the road to automated mobility: An EU strategy for mobility of the future*, 2018.

42. *Ibid.*

Safety Regulation for motor vehicles to clarify who was driving (the vehicle or the driver) during an accident”,<sup>43</sup> while continuing monitoring the need for further EU policies as innovation continues to advance. The document concluded with a thought: “how to anticipate the effects of autonomous cars on society and economy?”<sup>44</sup> In fact, due to the ongoing testing phase of AVs, their long-term impact on mobility, economy, environment and society remains uncertain; it is therefore crucial to promptly evaluate these issues, in order to foresee and prevent any potential negative consequence. Additionally, the Commission highlighted the need to analyse and focus on the ethical aspects of driverless cars, in order to rapidly address and solve emerging moral dilemmas and guarantee that this innovation will be developed in accordance with European values.<sup>45</sup> As part of this strategy, in February 2019, the Commission issued guidelines<sup>46</sup> to establish a harmonized normative approach to autonomous vehicles, thus striving to harmonize legislation across all Member States.

Across the world, several regulatory frameworks and standards concerning AVs have either been established or are in the making, reflecting the rapid advancements in the technology itself. In the United States, self-driving vehicles have undergone public road testing for years, and the National Highway Traffic Safety Administration (NHTSA) has issued comprehensive guidelines for their evaluation and deployment. However, much of the legislation concerning the use of autonomous vehicles on public roads falls under the jurisdiction of single states<sup>47</sup>, thus resulting in a fragmented regulatory environment, in which states such as California, Nevada, and Arizona are pioneers in testing and implementing the technologies in controlled settings.<sup>48</sup> The lack of uniformity across US state regulations highlights the need for a comprehensive federal legislation, to ensure consistency and to establish nationwide safety standards.<sup>49</sup>

43. *Ibid.*

44. *Ibid.*

45. *Ibid.*

46. Supported by the Technical Committee on Motor Vehicles, the Guidelines concerns: driver/operator/passenger interaction, transition of the driving task, installation of event data recorders, cybersecurity, safety assessment and tests and information provision to automated vehicle users. European Commission, *Guidelines on the exemption procedure for the EU approval of automated vehicles*, 2019.

47. Currently, about half of US states have enacted laws regulating vehicles with varying levels of autonomous technology, from basic driver-assist systems to future fully autonomous models. E. S. POVICH, “Self-driving cars aren’t here yet, but states are getting the rules ready”, *West Virginia Watch*, 2024.

48. Autonomous ride-hailing services from Waymo – formerly Google’s self-driving car project – are already operating in designated areas of Los Angeles, Phoenix, San Francisco and Austin, and they are soon to be implemented in Atlanta and Miami. <https://waymo.com/>.

49. D. SUHARIYANTO, *Autonomous Vehicles: From Technology to Law and Regulation*, in *ESL*, Vol. 3, No. 02, 2024, p. 62–67.

## 5. The German national framework

German car manufacturers are currently actively competing for a leading position in the field of autonomous mobility, therefore, during the last years several measures have been implemented in this realm.<sup>50</sup> In Germany, the first relevant political involvement in autonomous driving can be traced back to 2013, when the Round Table on Automated Driving (*Runder Tisch Automatisiertes Fahren*) was issued by the Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure, establishing an advisory body aimed at facilitating a productive exchange of ideas and experiences on the topic, bringing together stakeholders from various sectors, including industries and associations.<sup>51</sup> Later, in 2016, the Ministry of Transport established the Ethics Commission on Automated and Connected Driving, which the following year presented its Ethical Guidelines,<sup>52</sup> a document that played a significant role in shaping the Autonomous Driving Act, later issued in 2021. The Ethics committee consisted of 14 members, including law, ethics and engineering professors, in addition to representatives from automobile companies and associations of consumers. The commission was divided into five working groups, which discussed unavoidable accident situations, data security and data economics, human-machine interface, responsibility for software and infrastructure, and ethical context beyond traffic.<sup>53</sup> Their report, published in 2017, addressed important aspects in the AVs field, including the moral dilemmas related to different values based on personal characteristics. Wider safety concerns, inquiries into data utilization, and the delineation of responsibilities were also discussed, encompassing principles of human dignity, non-discrimination and equality before the law.<sup>54</sup> Eventually, in 2021, Germany revised the Road Traffic Act with the introduction of the Autonomous Driving Act, establishing a legal framework for driverless systems operating within defined areas, specifically addressing vehicles at SAE level 4. The Autonomous Driving Act took effect on July 28, 2021, tackling manifold ethical challenges posed by driverless cars and engaging with constitutionally protected principles, such as human dignity, or the right to life and the right to non-discrimination. The Act firstly proposes the very definition of ‘autonomous driving’, then establishes a general division of responsibilities and a set of measures to be taken in order to prevent accidents.<sup>55</sup> Accordingly,

50. M. EBERS, *Civil Liability for Autonomous Vehicles in Germany*, 2022, available at SSRN (<https://ssrn.com/abstract=4027594>).

51. Federal Ministry for Digital and Transport, *Automated and Connected Driving*, 2020.

52. Federal Ministry of Transport and Digital Infrastructure Ethics Commission, *Automated and Connected Driving. Report*, 2017.

53. C. LÜTGE, *The German Ethics Code for Automated and Connected Driving*, in *Philosophy and Technology*, Vol. 30, 2017, p. 547-558.

54. A. KRIEBITZ, R. MAX, C. LÜTGE, *The German Act on Autonomous Driving: Why Ethics Still Matters*, in *Philosophy and Technology*, 2022, p. 35, 29.

55. A. KRIEBITZ, R. MAX, C. LÜTGE, *The German Act on Autonomous Driving*, cit.



driverless cars are defined as means which “can perform the driving task independently within a specified operating range without a person driving the vehicle”.<sup>56</sup> The Act provides the technical specifications which are needed to qualify a vehicle as autonomous, such as possessing a software system capable of functioning without continuous monitoring by the driver.<sup>57</sup> Moreover, the text analyses the different dynamics among the key players in autonomous driving, introducing relevant new roles as the category of “technical oversight”.<sup>58</sup> As defined by the Act, such a specific status concerns individuals who possess the authority to deactivate the AV and authorize specific operations, closely resembling a remote-control function. With this amendment, the German framework aimed to establishing a steady connection between driverless cars and their effective supervision, where both the car owner and the producer bear responsibility in updates, maintenance and risk assessments.<sup>59</sup> Furthermore, the Act pursues the aim of reducing fatalities on the road, and therefore introduces the concept of “risk-minimized state”. The latter notion is expressed in the first article of the legislative text as follows:

For the purposes of this Act, a risk-minimized state is a state in which the motor vehicle with autonomous driving function, at its own instigation or at the instigation of the technical supervisor, comes to a standstill in the safest possible place and activates the hazard warning lights in order to ensure the greatest possible safety for the vehicle occupants, other road users and third parties, taking due account of the traffic situation.<sup>60</sup>

It can be appreciated how, in the Act, major importance is given to the concept of risk-minimized state in terms of accident prevention; indeed, this provision aims to ensuring that the vehicle, whenever a technical problem occurs, has the ability to securely stop, prioritizing the safety of passengers and individuals. Additionally, the Act outlines three guiding standards for autonomous vehicles. Such standards establish the fundamental norms upon which AVs shall safeguard the core objective of diminishing road fatalities, aligning with the previously introduced idea of risk-minimized state. Specifically, the AV should be designed to prevent and decrease damage, to preserve human life in the event of unavoidable danger, and to refrain from choosing and prioritizing human lives on the basis of personal attributes,<sup>61</sup> in accordance with the principle of non-discrimination. Therefore, several aspects are taken into account by this amendment, including moral implications and liability concerns related to the introduction of autonomous vehicles in

56. Bundesgesetzblatt, *Gesetz zum autonomen Fahren*, 2021.

57. J. GESLEY, *Germany: Road Traffic Act Amendment Allows Driverless Vehicles on Public Roads*, in *Library of Congress*, 2021.

58. A. KRIEBITZ, R. MAX, C. LÜTGE, *The German Act on Autonomous Driving*, cit.

59. *Ibid.*

60. Bundesgesetzblatt, *Gesetz zum autonomen Fahren*, cit.

61. *Ibid.*

the market. In addition, the Act recognizes the importance of core concepts such as data protection and non-discrimination, as well as consumer protection; the goal of the risk-minimized approach is in a nutshell to diminish and prevent accidents on the road.<sup>62</sup>

It must be noted how the German legislation primarily focuses on corporate and public utilization of AVs, rather than the private sector: this suggests that the current law, even the most advanced on this topic, still needs significant adjustments in order to be effectively applicable also to individual mobility; consequently, it should not be understood as the definitive legislation for autonomous driving, but rather, “a first and cautious move to allow the technology to be used in specifically designated areas and by fewer users”.<sup>63</sup> Those unaddressed gaps in the normative field, together with other issues related to ethics, economics and public acceptance, will require the attention of many stakeholders, such as companies and AV-developers: these parties shall abide by the Autonomous Driving Act taking into account also other relevant normative sources, including EU data protection law and anti-discrimination frameworks.<sup>64</sup> Therefore, even though it may just represent an initial stride in an extensive journey, the importance of the German Autonomous Driving Act can hardly be overvalued: Germany’s laws on high-level driverless car provides a model for other nations and will probably lead the way in the future, possibly helping to create a collaborative environment where legislation will transcend national boundaries.<sup>65</sup>

Indeed, while Germany has become the first State in Europe to issue a normative framework for Level 4 vehicles, many European countries currently present differing norms with respect to autonomous mobility, mainly ranging between Level 3 and 4. Switzerland is actively participating in several funding initiatives for autonomous driving on a European scale, and on March 2025, it introduced a comprehensive regulatory framework for AVs through the Swiss Federal Ordinance on Automated Driving (OAD), establishing the legal foundation for operating and overseeing automated driving systems.<sup>66</sup> On the contrary, Italy currently permits vehicles up to Level 2 to operate on public roads, presenting however no established legal framework regulating high-level AVs. Still, the adoption of law no. 205/2017, followed by the 2018 Ministerial Decree on smart road,<sup>67</sup> allows road testing of connected driving systems, possibly serving as a foundational framework for future legislative developments in this area.<sup>68</sup> The United Kingdom, significantly, has been

62. A. KRIEBITZ, R. MAX, C. LÜTGE, *The German Act on Autonomous Driving*, cit., p. 35, 29.

63. *Ibid.*

64. *Ibid.*

65. T. PLASS, *Navigating the future: Germany’s Autonomous Driving Act*, in Israel Public Policy Institute (IPPI), 2023.

66. The OAD builds on the 2023 amendment to the Swiss Road Traffic Act (RTA), which empowered the Federal Council to regulate three specific autonomous driving use cases. L. DORIGO, F. MARTENS, *Self-Driving Cars: The New Reality in Switzerland?*, Pestalozzi, 2025.

67. Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Decree of 28 February 2018, on the implementation methods and operational tools of road testing of Smart Road solutions and connected and automatic driving.

68. H. WESTERMARK, M. C. GAETA, J. CURRAN, R. POLANCO LAZO, *Legal opinion on the Regulation of certain aspects of Automated Driving*, E-Avis ISDC, 2022.

developing a domestic strategy for implementing automated and connected mobility on the roads since 2018, when it approved the Automated and Electric Vehicle Act, providing norms on civil liability for damages caused by autonomous vehicles of Level 4 and 5. In May 2024 the UK Automated Vehicles Act received Royal Assent and was thus enacted, establishing a legal framework that aims to support the safe integration of autonomous vehicles through new regulatory structures and concepts<sup>69</sup>. The goal is to eliminate legal uncertainties and clear the way for the introduction of AVs on British roads, expected in 2026<sup>70</sup>.

## 6. Conclusion

This article has discussed how implementing autonomous vehicles could potentially bring several positive aspects to society, improving health, equality and non-discrimination, or facilitating the access to mobility by persons with disabilities. The introduction of AVs is expected to prevent car crashes by diminishing the risk of human errors in driving, to bring environmental benefits by reducing traffic congestion and decreasing fuel emissions and consumption, and to provide better accessibility and social inclusion; overall, if well-exploited, autonomous vehicles will improve societal cost-savings.<sup>71</sup> At the same time, however, driverless cars might create a series of adverse outcomes that, if not well addressed, could negatively affect human societies. Specifically, ethical dilemmas and security issues could become challenging, together with the complex procedure of establishing liability in civil or criminal domains. Thought experiments like Foot's Trolley Problem are useful in investigating the moral consequences of such an introduction in the market, whereas a robust legal framework will soon be needed to effectively regulate the technology, preventing fragmentation among States all around the world.

To pave the way for its widespread integration on European roads, the EU will need to take several key steps: to cultivate research and development in this sector; to review existent regulations and to create new ones; to harmonize infrastructures making them suitable for autonomous driving and, lastly, to provide education to the general public and to future passengers and drivers of AVs.<sup>72</sup> Indeed, in order to positively affect society, every technological advancement always needs to go hand-in-hand with the needs and acceptance of the community. Currently, among EU Member

69. It defines key terms and clarifies critical aspects related to risk and insurance, such as the concept of an Authorised Self-Driving Entity (ASDE), licensed operators, the future role of the regulator, incident reporting and investigation, authority holders within AV operations, self-driving marketing, and key liability positions. S. TILTMAN, *The Automated Vehicles Bill: Future of self-driving vehicles in the UK*, Marsh, 2024.

70. J. CARFRAE, *Hands off: Assessing the Automated Vehicles Act*, BusinessCar, 2025.

71. The reduction in car crash-related costs, reduced strain on the healthcare system, more efficient transportation, better fuel savings, and more can all contribute to the overall societal cost-savings.

72. European Automobile Manufacturers Association, *Automated Driving. Roadmap for the deployment of automated driving in the European Union*, 2019.

States, Germany has taken the most steps forward, clearing a path for regulating driverless cars on higher levels of automation and serving as a model for other nations; however, Member States alone do not have the means to effectively legislate such a complex topic, and the intervention of the European Union will soon be necessary. Advanced and fostered mobility among European countries has always been a key principle of the Union, but with the advent of autonomous vehicles it will become essential to harmonize laws on this topic among the Member States, which are nowadays focused on the regulation of different levels of automation, ranging from SAE Level 2 to Level 4. Next-generation norms, in accordance with international standards, will need first to address security in the communication between the vehicle and its digital infrastructures, to establish accurate ways to address liability when automated decision-making processes are involved, and to effectively keep up with Artificial Intelligence innovations, with the aim of shaping tomorrow's mobility and transport.

## Il nuovo articolo 187 del Codice della strada alla luce della giurisprudenza costituzionale e di legittimità\*

Vincenzo Palo

Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche presso l'Università degli studi di Roma "Guglielmo Marconi"

### Abstract

*The new art. 187 of the Italian Highway Code in light of the case-law of the Supreme Courts.*

*This purpose of this essay is to analyze the new art. 187 d.lgs. no. 285/1992 (known as Codice della strada). In particular, the statute no. 177/2024 has rewritten the provision, removing any reference to the "state of psychophysical alteration". This intervention has radically changed the aims of the criminal norm and its essence. First of all, this work aims to verify whether the modified provision respects the precision principle of the criminal norms, as well as the harm principle, which root in the articles 25 and 27 of the Italian Constitution. Indeed, the analysis of the regulatory changes fosters reasonable doubts about its constitutional legitimacy. To verify the grounds of these doubts, the principles expressed in Constitutional case-law, in particular those contained in the ruling no. 277/2004, are helpful. These principles, although expressed on the previous version of the art. 187 c.d.s., are still essential and indispensable interpretative guidelines. Furthermore, this essay aims to identify and describe the possible interpretative approaches that can be adopted in front of this new provision. On account of this purpose, this analysis relies not only on the aforementioned Constitutional case-law but also on the case-law of the Corte di Cassazione, which has also outlined important guidelines to construe the art. 187 c.d.s.*

*Il presente saggio intende analizzare il nuovo disposto dell'art. 187 del d.lgs. 285/1992 (Codice della strada). In particolare, la legge n. 177/2024 ha riscritto la disposizione, eliminando ogni riferimento allo "stato di alterazione psico-fisica". Questo intervento ha radicalmente mutato il*

\* Sottoposto a referaggio.

*perimetro applicativo della norma penale e la sua natura intrinseca. Con il presente contributo si cerca, in primo luogo, di verificare se il precetto, per come modificato, sia rispettoso dei principi di precisione-determinatezza delle norme penali e di offensività, che trovano implicito fondamento in Costituzione negli artt. 25 e 27. Invero, l'analisi del nuovo disposto normativo fa sorgere ragionevoli dubbi circa la legittimità costituzionale dello stesso. Utili, al fine di chiarire la fondatezza di questi dubbi, sono proprio i principi di diritto espressi nella giurisprudenza costituzionale, in particolare quelli contenuti nell'ordinanza n. 277/2004. Questi principi, infatti, pur essendo stati formulati alla luce della vecchia formulazione dell'art. 187 c.d.s., costituiscono tuttora valide e imprescindibili coordinate ermeneutiche. Oltre a ciò, si cerca con il presente contributo anche di individuare e descrivere i plausibili approcci interpretativi che è possibile adottare di fronte a questa nuova disposizione. A tal uopo si fa ricorso non solo alla già invocata giurisprudenza costituzionale, ma anche a quella di legittimità, che pure ha tracciato validissime direttrici esegetiche relative all'art. 187 c.d.s.*

*Key words: Italian Highway Code, article 187, Constitutional Court, precision principle, harm principle.*

*Parole chiave: codice della strada, articolo 187, Corte costituzionale, principio di precisione-determinatezza, offensività.*

**Sommario** – 1. Introduzione – 2. Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 187 c.d.s., nella sua precedente formulazione, contenuto nell'ordinanza n. 277/2004 della Corte costituzionale. – 2.1 L'ordinanza di rimessione del 13 marzo 2003 del Giudice di pace di Bobbio. – 2.2 L'ordinanza n. 277/2004 della Corte costituzionale. I principi di diritto espressi dalla Consulta. – 3. I possibili approcci ermeneutici adoperabili nell'interpretazione del nuovo art. 187 c.d.s. – 4. Conclusioni.

## 1. Introduzione

L'articolo 187 c.d.s. (d. lgs. n. 285/1992) è stato recentemente oggetto di una novella normativa, che ha inciso in maniera rilevante sulla sua formulazione letterale e, di conseguenza, sulla sua natura intrinseca e sui relativi presupposti di operatività. La modifica è stata introdotta dalla legge n. 177/2024, che ha riformulato sia la rubrica, sia il precetto sanzionatorio contenuto nella disposizione. In particolare, è stato eliminato dall'art. 187 c.d.s. ogni riferimento allo stato di alterazione psicofisica. Come risulta chiaro sia dalla lettura della nuova disposizione, sia dalle dichiarazioni pubbliche rese da alcuni esponenti politici, si tratta di un intervento finalizzato ad ampliare il perimetro applicativo della norma penale. Si legge, invero, nella scheda illustrativa del Ministero dell'Interno allegata al nuovo testo del codice della strada che *“La prima novità riguarda il titolo del reato che emerge già dalla lettura della rubrica dell'art. 187 che ora reca la formulazione ‘Guida dopo l'assunzione di sostanze stupefacenti’. Diversamente dalla precedente previsione normativa*



*che richiedeva la sussistenza di due concomitanti elementi per la configurabilità del reato, a seguito della modifica è sufficiente acquisire la prova dell'assunzione della sostanza prima della guida (...) Per rispondere del reato di cui all'art. 187 è sufficiente che, a seguito di accertamenti analitici di secondo livello effettuati su campioni di liquidi biologici, vengano rinvenute molecole di sostanze stupefacenti o psicotrope*<sup>1</sup>.

Il legislatore, pertanto, ha inteso rendere il precetto più severo, ritenendo bastevole per l'integrazione della fattispecie astratta di reato l'avvenuto riscontro dell'assunzione di sostanze stupefacenti, a prescindere dal momento in cui l'assunzione è avvenuta e dalla sussistenza, al momento del controllo su strada, di un attuale e rilevante stato di alterazione. Pertanto, il nuovo art. 187 c.d.s. non si configura più come un reato di pericolo concreto, bensì come un reato di pericolo astratto<sup>2</sup>. L'entrata in vigore della nuova disposizione ha generato forti polemiche nella società civile, ritenendo che in questo modo si introducesse una disposizione eccessivamente severa che andrebbe a punire anche casi in cui l'assunzione di sostanze psicotrope non produce un'effettiva alterazione, in ragione della scarsa capacità drogante della sostanza consumata oppure della risalenza nel tempo dell'assunzione. Perplessità sono state esternate anche nel mondo degli operatori del diritto, ove da più parti sono stati espressi dubbi sulla legittimità costituzionale della disposizione novellata. A tal proposito, per verificare se effettivamente questi dubbi di legittimità sono fondati, appare opportuno partire dall'analisi dell'unica pronuncia della Corte costituzionale riguardante la legittimità della fattispecie astratta prevista dall'art. 187 c.d.s., ovverosia l'ordinanza n. 277/2004. La pronuncia, infatti, sebbene sia risalente nel tempo e sia stata resa in costanza della precedente formulazione della disposizione, che recava il riferimento allo stato di alterazione psico-fisica, esprime dei principi di diritto tutt'ora adoperabili per analizzare il nuovo precetto sanzionatorio. Tanto premesso, si partirà da un breve *excursus* riguardante il giudizio di legittimità costituzionale che ha condotto all'ordinanza n. 277/2004, per poi verificare se e come i principi di diritto che essa esprime si attagliano al nuovo articolo 187 c.d.s. Di poi, si proverà a enumerare e analizzare le possibili operazioni ermeneutiche che è possibile assumere di fronte alla novellata disposizione nonché, da ultimo, a immaginare un ipotetico nuovo percorso interpretativo che la Corte costituzionale potrebbe tracciare qualora fosse chiamata a giudicare della legittimità costituzionale della nuova fattispecie di reato contenuta nell'art. 187 c.d.s.

1. Scheda illustrativa del Ministero dell'Interno allegata al nuovo testo del codice della strada, consultabile alla seguente pagina web: [https://prefettura.interno.gov.it/sites/default/files/21/2025-01/circolarelegge177-2024modifichealcodicedell\\_241220\\_133409.pdf](https://prefettura.interno.gov.it/sites/default/files/21/2025-01/circolarelegge177-2024modifichealcodicedell_241220_133409.pdf).

2. Per un sempre utile approfondimento sulla distinzione tra reati di pericolo astratto e reati di pericolo concreto, sui criteri per effettuare tale distinzione e sulle relative conseguenze applicative si rinvia a R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, Bari, 2023, p. 583 ss.; F. MORELLI, *La prova del pericolo quale elemento costitutivo del reato*, in *La legislazione penale*, 2024, p. 1 ss.; G. COCCO, *Il ruolo dell'offesa nelle fattispecie incriminatrici e il diritto vivente*, in *Penale*, 2024, p. 1 ss.

## 2. Il giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 187 c.d.s., nella sua precedente formulazione, contenuto nell'ordinanza n. 277/2004 della Corte costituzionale

### 2.1 L'ordinanza di rimessione del 13 marzo 2003 del Giudice di pace di Bobbio

Il Giudice di pace di Bobbio, con ordinanza del 13 marzo 2003, sollevava questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 del d. lgs. n. 285/1992 (c.d. Codice della strada, d'ora in poi c.d.s.)<sup>3</sup>. Egli denunciava che l'art. 187 c.d.s. fosse contrario all'art. 25, comma 2, Cost. nella parte in cui richiedeva, quale indefettibile corollario del principio di legalità in materia penale, il rispetto del canone della tassatività-determinatezza delle disposizioni incriminatrici<sup>4</sup>. In secondo luogo, il Giudice remittente sosteneva che la disposizione suddetta contrastasse anche con l'art. 27, comma 2, Cost., nella parte in cui prevedeva che la responsabilità penale è personale e, dunque, colpevole.

Il giudice remittente, nella sua ordinanza di rimessione, principiava le sue censure con una descrizione della disposizione venuta alla sua attenzione. Egli affermava che il reato previsto e punito dall'art. 187 c.d.s. è un reato di pericolo concreto, in cui la condotta tipica consiste nel mettersi alla guida di un veicolo in stato di alterazione psico-fisica, cagionato dall'assunzione di sostanze psicotrope.

3. Per un approfondimento in generale sul d.lgs. n. 285/1992 (c.d. codice della strada): S. BALDUINO, *Il Diritto della Circolazione Stradale - La disciplina, le sanzioni, l'infortunistica, la ricerca delle responsabilità, i profili della colpa stradale*, Napoli, 2018, p. 9 ss.; E.M. FABRIZIO, G. FAVARO, A. STERLICCHIO DE CARLI, *Opposizione e ricorsi per violazioni al codice della strada*, Milano, 2022, p. 3 ss.

4. La letteratura in argomento è vastissima. Si segnalano, ex multis R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale - Parte generale*, Bari, 2023, p. 5 ss.; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Milano, 2021, p. 47 ss.; F. MANTOVANI, G. FLORA, *Diritto Penale*, Milano, 2023, p. 3 ss. In giurisprudenza, con riguardo al principio di tassatività-precisione, si rinvia, *ex multis*, a: Corte costituzionale, sentenza 19 febbraio 1965 n. 7; Corte costituzionale, sentenza 13 febbraio 1995 n. 34; Corte costituzionale, sentenza 11 giugno 2014 n. 172; Corte costituzionale, sentenza 20 dicembre 2019 n. 278; Corte di cassazione, Sezioni unite, sentenza 5 settembre 2017 n. 40076; Corte di cassazione, sez. I, sentenza 9 aprile 2018 n. 31322; Corte di cassazione, sezioni unite, sentenza 18 novembre 2019 n. 46595. In dottrina, mentre alcuni autori ritengono che i concetti di tassatività e determinatezza costituiscano un'endiadi utile a individuare il medesimo principio (cfr. G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale - Parte Generale*, Bologna, 2024, p. 87 ss.) altri, di converso, ritengono che i due lemmi identifichino due asserzioni di principio differenti. Nello specifico, chi opina in tal senso, afferma che la determinatezza sia una direttiva che si indirizza ai *conditores*, che sono chiamati a enucleare con sufficiente precisione, e con termini chiari e intellegibili, i precetti comportamentali penalmente sanzionati; diversamente, la tassatività si rivolgerebbe al giudice penale, impedendogli di applicare analogicamente, *in malam partem*, le norme penali (cfr. F. C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Milano, 1979, p. 3 ss.; Corte costituzionale, sentenza 16 maggio 1989 n. 247). Ancora, vi è un ulteriore filone dottrinale che distingue tra i principi di tassatività, determinatezza e precisione. In particolare, questa dottrina riconferma nel principio di tassatività il divieto di analogia *in malam partem*, ma associa agli altri due principi enunciati differenti. Si afferma che il dogma della determinatezza impone di sanzionare condotte che siano empiricamente accertabili e processualmente dimostrabili, mentre il canone della precisione impone, sempre al legislatore, di descrivere i precetti penali con sufficiente analiticità (cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale - Parte Generale*, Milano, 2021, p. 82 ss.).

La *ratio* dell'incriminazione è agevolmente individuabile: la condotta censurata crea un pericolo concreto per la sicura circolazione stradale e, conseguentemente, per l'incolumità di chi circola sulle pubbliche vie. Invero, è di chiara evidenza che chi versa in condizioni di alterazione psico-fisica è maggiormente incline a non rispettare le regole cautelari a contenuto precauzionale, scritte nel c.d.s. e non scritte, che mirano a prevenire eventi lesivi dell'incolumità di chi calca le pubbliche vie.

Il giudice di pace di Bobbio proseguiva effettuando una giusta precisazione: egli sottolineava come non viene punita semplicemente la condotta di chi, dopo aver assunto sostanze stupefacenti, si mette alla guida. Infatti, ciò che rileva è che la guida di un veicolo avvenga in presenza di uno stato di alterazione psico-fisica indotto dall'assunzione di sostanze. Sarebbe, effettivamente, contrario al principio di offensività vigente nel nostro ordinamento, punire la semplice condotta di chi circola dopo l'assunzione di stupefacenti, senza versare però in una reale condizione di menomazione delle capacità fisiche e cognitive, che cagiona, in concreto, il pericolo che la disposizione mira a prevenire.

Il magistrato remittente osservava poi come, a differenza di quanto è stato fatto con la diversa fattispecie di guida sotto l'influenza dell'alcool di cui all'art. 186 c.d.s., il legislatore non ha indicato con precisione la soglia quantitativa di principio attivo o di sostanza da assumere al fine di ritenere sussistente lo stato di alterazione delle funzioni cognitive e fisiche penalmente rilevante. Invero, ai sensi del combinato disposto degli artt. 186 c.d.s. e 379 reg. c.d.s., è in stato di ebbrezza alcolica il soggetto che risulta, all'esito della misurazione effettuata con strumenti all'uopo previsti e dal personale competente, un tasso alcolemico che supera una certa soglia, ben determinata<sup>5</sup>.

Soglia analoga, sottolineava il giudice emiliano, non è stata inserita nell'art. 187 c.d.s. Ciò comportava, a suo avviso, un irrimediabile deficit sotto il profilo della precisione-determinatezza della fattispecie criminosa in oggetto. Il remittente affermava inoltre che la soglia quantitativa di cui *supra* valeva a consentire al destinatario della diversa disposizione di cui all'art. 186 c.d.s. di conoscere, preventivamente e con precisione, qual è il comportamento penalmente rilevante. In tal modo, egli è posto in condizione di autodeterminarsi liberamente ponderando, nel caso concreto, la quantità di sostanze alcoliche che può assumere prima di mettersi alla guida. Viceversa, secondo il giudice remittente lo stesso discorso non era riferibile all'art. 187 c.d.s. L'individuo, infatti, non può valutare preventivamente e con esattezza quale sia la condotta vietata, al fine di non incorrere nella sanzione penale. Pertanto, il giudice ritiene che la fattispecie non rispetti il canone della precisione-determinatezza, palesandosi come incostituzionale alla stregua degli artt. 25, comma 2, Cost. e 27 Cost.

Il giudice di Bobbio, inoltre, aggiungeva che non serve a sanare il deficit di precisione evidenziato la possibilità di ravvisare lo stato di alterazione psico-fisica attraverso manifestazioni esteriori sintomatiche della stessa come accade quando, in assenza degli strumenti tecnologici utili

5. Le disposizioni appena citate individuano la soglia, oltre la quale un individuo può essere considerato in stato di ebbrezza, in un tasso alcolemico rilevato superiore a 0,5 mg/l.

ad accertare il tasso alcolemico, gli operatori di polizia analizzano le manifestazioni comportamentali esteriori di un soggetto. Tali segni esteriori consistono nell'alitosi, nella lentezza dei movimenti e nella difficoltà ad articolare le parole. Secondo le generalizzazioni contenute in valide leggi scientifiche<sup>6</sup>, difatti, le suddette manifestazioni costituiscono sicuro indice di un tasso alcolemico superiore a 0,5 mg/l. Ma tali segni esteriori, intanto hanno un senso, in quanto vengono ancorati dalla scienza a determinati valori di tasso alcolemico che, ai sensi della norma penale, integrano il reato di guida in stato di ebbrezza. Dunque, siccome nella disposizione di cui all'art. 187 c.d.s. non è individuata alcuna soglia quantitativa analoga a quella di cui alla disposizione precedente, i suddetti sintomi esteriori, secondo il giudice remittente, non potrebbero essere validamente utilizzati.

Il magistrato che aveva redatto l'ordinanza di remissione ha anche sottolineato che è stato lo stesso legislatore a denunciare la presenza, nella norma censuranda, di un deficit di precisione-determinatezza. In verità, nel d.lgs. n. 9/2002, recante innovazioni al codice della strada, era prevista una modifica del comma 20 dell'art. 187 c.d.s. secondo la quale: *“Gli accertamenti sono effettuati con strumenti e modalità stabiliti dal regolamento, ai fini della determinazione delle quantità, indicate in conformità alle previsioni dello stesso regolamento”*. Pertanto, è lo stesso legislatore ad affermare, indirettamente, che la disposizione analizzata reca un deficit riguardante la precisione della formulazione, che va necessariamente integrata.

Infine, aveva precisato che la dichiarazione di incostituzionalità della norma non condurrebbe alla creazione, nell'ordinamento, di un inaccettabile vuoto normativo. Ciò perché, pur demolendo la disposizione penale, potrebbero essere ugualmente applicate le sanzioni amministrative della sospensione e del ritiro della patente nonché, in presenza degli elementi richiesti, le altre sanzioni previste dall'art. 75 del d.p.r. n. 309/1990<sup>7</sup>.

6. A tal proposito, si rinvia alle tabelle elaborate, sulla base delle più valide leggi scientifiche, dal Ministero della Salute e rinvenibili al seguente indirizzo: [https://www.salute.gov.it/imgs/C\\_17\\_newsAree\\_463\\_listaFile\\_item-Name\\_4\\_file.pdf](https://www.salute.gov.it/imgs/C_17_newsAree_463_listaFile_item-Name_4_file.pdf).

7. Sul punto, ci si potrebbe ugualmente interrogare sul rapporto tra principio di offensività e sanzioni amministrative. Pur non essendo espressamente contemplato nella l. n. 689/1981, né essendo pacificamente riconosciuto come applicabile (a differenza del principio di proporzionalità, rispetto al quale la Corte costituzionale ne riconosce l'applicabilità ex art 3 Cost., cfr. sentenza 14 aprile 2022 n. 95) alcuni interpreti ne hanno affermato la validità anche in materia di illeciti amministrativi. In particolare, vedasi Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 17 giugno 2014 n. 3045, che ha affermato che la semplice mancanza di tre fusibili all'interno di un impianto di cui era stato accertato il mancato completamento nei termini di legge, in merito all'applicazione della sanzione di cui all'art. 43 del d.lgs. n. 28/2011, avrebbe dovuto condurre l'Autorità procedente a dimostrare che, ai fini del funzionamento dell'impianto stesso, fosse necessaria la presenza di quelle componenti, sostenendo che *“in mancanza di tale deduzione, deve rilevarsi come si tratti, in ragione anche del loro valore economico, di un fatto di rilevanza minima che assegna alla omissione valenza inoffensiva rispetto al bene tutelato”*. In giurisprudenza, si consulti anche Corte di cassazione, sez. V, sentenza 3 maggio 2022 n. 13908, con commento di G. GAROFALO, *Principio di offensività e bene giuridico sotteso alle fattispecie sanzionatorie amministrative tributarie: brevi considerazioni a margine di una recente pronuncia resa dalla Corte di Cassazione*, in *Riv. Trimestrale di Diritto Tributario*, 2022, p. 747 ss. In aggiunta, secondo alcuni si può rinvenire traccia del principio di offensività in materia

## 2.2 L'ordinanza n. 277/2004 della Corte costituzionale. I principi di diritto espressi dalla Consulta

La Corte costituzionale si è pronunciata sull'ordinanza di rimessione emessa dal giudice di Bobbio con l'ordinanza n. 277/2004. In primo luogo, la Corte, oltre a ripercorrere le censure mosse dal giudice emiliano avverso l'art. 187 c.d.s., ha dato conto anche delle argomentazioni che l'Avvocatura dello Stato ha speso a favore della legittimità della disposizione e, in ultima istanza, del rigetto della questione di legittimità sollevata.

L'Avvocatura dello Stato, oltre ad aver affermato che la questione non è più attuale per effetto di alcune modifiche normative intervenute, ha sostenuto che la disposizione non presenti criticità dal punto di vista della determinatezza, in quanto contiene un precetto sufficientemente preciso, a dispetto dell'assenza di una soglia-limite quantitativa. A sostegno di questo asserto ha sottolineato come la disposizione di cui all'art. 187 del codice della strada presuppone sia la sussistenza di uno stato di alterazione, idoneo a menomare le condizioni psico-fisiche ottimali e necessarie per mettersi alla guida, sia che detto stato di alterazione sia stato indotto dall'assunzione di sostanze stupefacenti proibite dalla legge. L'Avvocatura, in aggiunta, ha effettuato una precisazione importante sulla *species* di reato contemplato dall'art. 187 c.d.s. Essa, difatti, afferma che la presenza dei due elementi costitutivi tipici viene a “realizzare di per sé una situazione di pericolo per la sicurezza della circolazione stradale”<sup>8</sup>. Pertanto, secondo questa lettura, la disposizione enuclea una fattispecie di reato di pericolo concreto<sup>9,10</sup>.

di illeciti amministrativi anche nel diritto positivo, con particolare riguardo alla disciplina in tema di illeciti sanzionatori amministrativi tributari (cfr. M. DI SIENA, *La (nebulosa) declinazione del principio di offensività nel sistema sanzionatorio amministrativo tributario*, in *Riv. Telematica di Diritto Tributario*, 2020, p. 1 ss.). Ad avviso di chi scrive, ogni forma di comando giuridico, la cui inosservanza è sanzionata con una punizione di matrice afflittiva, sottende un'istanza di protezione di un determinato bene giuridico. La pretesa punitiva, che tende a comprimere interessi giuridici meritevoli di tutela, sovente anche di rango costituzionale, si giustifica e risulta costituzionalmente legittima proprio perché mira a tutelare un altro interesse meritevole di protezione, ritenuto prevalente nella fattispecie disciplinata. Se la condotta, pur conforme alla fattispecie astratta nella sua fattualità, non va concretamente a ledere l'interesse giuridico protetto, viene meno la necessità e la giustificazione dell'irrogazione della sanzione, di qualunque natura essa sia. Pertanto, va predicata la più ampia applicabilità del principio di offensività, anche al di fuori della materia penale, *a fortiori* in considerazione della sempre più diffusa opinione dottrinale secondo la quale esso trova indirettamente fondamento in Costituzione (argom. artt. 25 e 27 Cost.).

8. Corte costituzionale, ordinanza 27 luglio 2004, n. 277 p. 4.

9. Di idea differente, in dottrina, F. PICCIONI, *Il contesto storico dei reati previsti dal Codice della Strada*, in *Riv. giuridica della circolazione e dei trasporti - Automobile Club d'Italia*, 2008, p. 1 ss. L'Autore ritiene, invero, che l'art. 187 c.d.s. enuclei un reato di pericolo astratto, di mera condotta.

10. Il principio di offensività, inteso in senso astratto, non ammette come unici modelli di reato costituzionalmente legittimi quelli di danno e di pericolo concreto. Il legislatore, nell'ambito della sua discrezionalità di politica criminale, può optare per forme di tutela anticipata, che sanzionino la semplice messa in pericolo dei beni giuridici tutelati. In aggiunta, può anche procedere più o meno liberamente all'individuazione della soglia di pericolosità alla quale riconnettere la risposta punitiva (Corte costituzionale, sentenza n. 225 del 2008); in questa prospettiva,

Dopo aver ripercorso le considerazioni svolte dal giudice *a quo* e dall'Avvocatura dello Stato, la Corte costituzionale ha proceduto ad analizzarle e ad esprimere le proprie valutazioni sulla questione rimessa al proprio vaglio.

In primo luogo, essa ha evidenziato come le modificazioni normative che avrebbero dovuto, secondo la difesa statale, spingere a rimettere la questione al giudice di Bobbio per una rivalutazione della rilevanza, non avevano alcun rilievo. Difatti, esse non sono mai entrate in vigore e, successivamente, sono anche state abrogate.

Successivamente, la Corte ha fatto propria l'impostazione propugnata dall'Avvocatura dello Stato. Precisamente, i giudici della Consulta hanno evidenziato sì l'assenza di una soglia-limite tipizzata come quella relativa alla fattispecie di guida in stato di ebbrezza *ex art. 186 c.d.s.*, ma hanno ribadito come il giudice deve accertare due elementi costitutivi sufficientemente determinati. Occorre appurare, invero, che il soggetto prevenuto si sia posto al governo di un veicolo dopo aver assunto sostanze stupefacenti e che, da tale assunzione, sia derivato uno stato di alterazione psico-fisica attualmente riscontrabile nel momento in cui il soggetto circola. Il concorso di questi due elementi, secondo la Corte, valeva a delineare un precetto sufficientemente preciso e determinato, anche in assenza della fissazione di una soglia quantitativa prestabilita.

La Corte, poi, ha ricordato come l'accertamento dello stato di alterazione psico-fisica non possa essere desunto dalla mera osservazione, da parte degli operatori di polizia, di sintomi comportamentali e fisici. A tal proposito, la Consulta ha affermato che la condotta tipica di cui all'art. 187 c.d.s. *“risulta integrata dalla concorrenza dei due elementi, l'uno obiettivamente rilevabile dagli agenti di polizia giudiziaria (lo stato di alterazione), e per il quale possono valere indici sintomatici, l'altro, consistente nell'accertamento della presenza, nei liquidi fisiologici del conducente, di tracce di sostanze stupefacenti o psicotrope, a prescindere dalla quantità delle stesse, essendo rilevante non il dato quantitativo, ma gli effetti che l'assunzione di quelle sostanze può provocare in concreto nei singoli soggetti”*<sup>11</sup>.

Questo risulta essere un punto fondamentale di tutta la giurisprudenza, sia costituzionale che nomofilattica, che si è profusa sull'art. 187 c.d.s. In particolare, è assunto consolidato nelle pronunce quello secondo il quale per ritenere sussistente lo stato di alterazione psicofisica richiesto dalla disposizione è necessario, innanzitutto, che l'assunzione di stupefacenti sia accertata attraverso i risultati di apposite analisi di laboratorio svolte su campioni biologici prelevati dal soggetto indagato. Tali campioni consistono negli scarti urinari e nel sangue. Le analisi su tali campioni vengono

non è in astratto precluso ai conditores di ricorrere al modello del reato di pericolo astratto (Corte costituzionale, sentenze n. 133 del 1992, n. 333 del 1991 e n. 62 del 1986). In questo caso, però, affinché il principio di offensività venga effettivamente rispettato, è necessario *“che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato non risulti irrazionale e arbitraria, ma risponda all'id quod plerumque accidit”* (Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 2008 n. 225). Nel medesimo solco tracciato da quest'ultima pronuncia si pongono anche Corte costituzionale, sentenza 11 luglio 1991 n. 333 e, più recentemente, sentenza 20 maggio 2016 n. 109, sentenza 20 dicembre 2019 n. 278 e sentenza 17 ottobre 2022 n. 211.

11. Corte costituzionale, ordinanza 27 luglio 2004 n. 277, p. 5.



effettuati in presenza di uno o più delle seguenti condizioni alternative: a) la positività agli accertamenti preliminari di tipo qualitativo, da eseguire attraverso prove non invasive (test salivare) anche mediante l'uso di strumenti di screening portatili; b) il ragionevole motivo di ritenere che il conducente si trovi sotto l'effetto della sostanza; c) il coinvolgimento del conducente in un incidente stradale le cui conseguenze richiedano la prestazione di cure mediche ospedaliere<sup>12</sup>. Nello specifico, i risultati degli esami effettuati sui campioni ematici prelevati vengono considerati di sicura affidabilità, in quanto consentono di rilevare con assoluta precisione se sussiste la cosiddetta “attualità d'uso”<sup>13</sup>. Nelle loro pronunce, i giudici tengono in considerazione il differente grado di attendibilità dei risultati delle analisi sui due diversi campioni biologici. Essi, invero, prendono atto degli approdi scientifici in materia tossicologica, secondo i quali la positività riscontrata nelle analisi delle urine può essere compatibile anche con una risalente assunzione della sostanza, persistendo tracce del principio attivo anche per un arco temporale considerevole. Pertanto, tale tipo di analisi potrebbe dare un risultato positivo nonostante l'assunzione di droghe sia avvenuto in un tempo più remoto e, quindi, non più idonea a ingenerare lo stato di alterazione rilevante<sup>14</sup>.

Di conseguenza, la giurisprudenza afferma che è sì sufficiente la positività (purché quantitativamente e qualitativamente significativa) riscontrata attraverso l'esame delle urine, a patto che vi sia l'ulteriore riscontro, da parte degli operatori di Polizia, nel guidatore, di elementi esteriori sintomatici dell'alterazione quali atteggiamento estraniato dalla realtà, linguaggio sconnesso, pupille dilatate, difficoltà di deambulazione, perdita di equilibrio<sup>15</sup>. A tal proposito, si legge frequentemente nelle pronunce che *“ai fini dell'accertamento del reato è dunque necessario sia un accertamento tecnico-biologico, sia che altre circostanze provino la situazione di alterazione psico-fisica al momento del fatto contestato”*<sup>16</sup>. A dimostrazione di questa opinione, si afferma che *“dalla*

12. Cfr. Linee guida per i controlli su strada in materia di verifica delle condizioni psico-fisiche dei conducenti (applicazione degli artt. 186 e 157 c.d.s.), consultabile su url <https://www.politicheantidroga.gov.it/media/1239/linee-guida-controlli-su-strada.pdf>.

13. AA. VV., *Procedure operative per la determinazione delle sostanze d'abuso nelle matrici biologiche*, Istituto Superiore di Sanità, 2019, p. 4 ss., consultabile su [https://sibioc.it/wp-content/uploads/2024/05/Documento\\_SI-BioC\\_Tossicologia.pdf](https://sibioc.it/wp-content/uploads/2024/05/Documento_SI-BioC_Tossicologia.pdf). In questo paper si legge che: *“Il sangue è la matrice biologica di elezione per dimostrare l'attualità di consumo, idoneo per la determinazione di xenobiotici e/o delle sostanze d'abuso e/o metaboliti in campo clinico e in ambito medico-legale. La concentrazione ematica e/o plasmatica della sostanza ricercata, infatti, consente di stabilire o di escludere la recente assunzione ed è direttamente correlabile allo status psicofisico del soggetto al momento del prelievo”*. Di tale dato scientifico, che gode di consenso unanime nel settore scientifico di competenza, tengono conto diverse sentenze. In questo senso, Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 17 gennaio 2025 n. 2020; Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 23 novembre 2023 n. 3383; Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 13 giugno 2017 n. 43486; Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 9 gennaio 2013 n. 6995.

14. AA. VV., *Procedure operative per la determinazione delle sostanze d'abuso nelle matrici biologiche*, Istituto Superiore di Sanità, 2019, p. 4 ss., consultabile su [https://sibioc.it/wp-content/uploads/2024/05/Documento\\_SI-BioC\\_Tossicologia.pdf](https://sibioc.it/wp-content/uploads/2024/05/Documento_SI-BioC_Tossicologia.pdf).

15. Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 16 giugno 2017 n. 30237.

16. Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 13 febbraio 2014 n. 16059.

*circolare del Ministero dell'Interno del 16 marzo 2012, che disciplina la procedura di accertamento del reato di guida in stato di alterazione psicofisica da uso di sostanze stupefacenti, si evince che la prova dell'assunzione di queste ultime è ricavabile dall'analisi di una matrice biologica in grado di evidenziare effetti attuali – e non pregressi – sul soggetto. Ed, in quest'ottica, la menzione dell'esame del sangue o di quello della saliva assume connotati di mera esemplificazione, non escludendo la circolare la rilevanza dell'analisi di ulteriori liquidi biologici e, segnatamente, delle urine*<sup>17</sup>.

La digressione appena conclusa è necessaria per comprendere l'ultimo principio di diritto espresso dalla Corte nell'ordinanza. I giudici della Consulta hanno respinto le censure mosse dal giudice *a quo* sulla precisione-determinatezza della fattispecie, affermando che la mancata indicazione di una soglia quantitativa-limite, come accade nel caso della guida in stato di ebbrezza ex art. 186 c.d.s., non vale a rendere l'art. 187 c.d.s. un precetto indeterminato. Difatti, il legislatore ha scientemente omesso di indicare una soglia quantitativa ben consapevole del fatto che *“le differenti modalità tecniche previste per gli accertamenti degli stati di alterazione fisica e psichica derivanti dall'influenza dell'alcol e, rispettivamente, dall'uso di sostanze stupefacenti o psicotrope trovano giustificazione nell'attuale stato delle conoscenze tecnico-scientifiche”*<sup>18</sup>. I giudici della Corte hanno precisato, a tal riguardo, che non è possibile avvalersi *“per l'acquisizione della prova dell'uso di sostanze stupefacenti, di una strumentazione tecnica analoga a quella utilizzata per il rilevamento dello stato di ebbrezza alcolica, che assicura, grazie all'esame spirometrico, attendibili riscontri del tasso alcolemico nell'aria alveolare espirata (ordinanza n. 306 del 2001)”*<sup>19</sup>. In considerazione di ciò, dunque, i *conditores* hanno compensato la mancata indicazione di una precisa soglia quantitativa-limite richiedendo il concorso dei due elementi prima descritti, ovverosia la prova dell'assunzione di stupefacenti (da riscontrare mediante esami di laboratorio) e la riscontrabilità autoptica di sintomi dell'attuale stato di alterazione psico-fisica<sup>20</sup>.

17. Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 16 giugno 2017 n. 30237. Conformi anche Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 15 maggio 2013 n. 39160; Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 5 luglio 2013 n. 43180; Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 13 giugno 2017 n. 43486.

18. Corte costituzionale, ordinanza 27 luglio 2004 n. 277, p. 5.

19. *Ibidem*, p. 5.

20. Giova ricordare, peraltro, che anche in materia di accertamento del reato di guida in stato di ebbrezza ai sensi dell'art. 186 c.d.s., i *dicta* giurisprudenziali si stanno avvicinando, recentemente, a quelli relativi a ipotesi di reato di cui all'art. 187 c.d.s., in particolare sotto il profilo dell'accertamento del gradiente alcolemico nel sangue. Si è riscontrato sovente, infatti, nella prassi, il tentativo da parte dei soggetti condannati in primo grado di invalidare il risultato dell'etilometro adducendo genericamente modalità di verifica divergenti dal protocollo, oppure la mancata manutenzione periodica dell'apparecchio. Questi conati traevano spunto da un filone ermeneutico minoritario secondo il quale, allorché l'alcoltest risulti positivo, è onere dell'accusa dimostrare il corretto funzionamento dell'etilometro, nonché l'avvenuta omologazione e revisione periodica (cfr. Corte di Cassazione, sez. 4, sentenza 27 gennaio 2020, n. 3201; Corte di Cassazione, sez. 4, sentenza 6 giugno 2019, n. 38618). La giurisprudenza ha sempre respinto tali maldestri tentativi, sostenendo che il ricorrente *“ha un onere di allegazione che non si risolve nella mera contestazione del buon funzionamento dell'apparecchio, ma deve fornire una prova con-*

Tanto premesso, la Corte ha escluso la denunciata violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. e dell'art. 27, comma 2, Cost. Siccome la disposizione richiede il concorso di due elementi dalla consistente rilevanza, ovverosia il dato delle analisi circa l'avvenuta assunzione degli stupefacenti, e il riscontro autoptico dell'attualità dello stato di alterazione al momento del controllo su strada, il precetto posto dall'art. 187 c.d.s. è, secondo la Consulta, pienamente preciso e determinato.

### 3. I possibili approcci ermeneutici adoperabili nell'interpretazione del nuovo art. 187 c.d.s.

L'analisi dell'ordinanza n. 277/2004 permette, ad avviso di chi scrive, di estrapolare dei fondamentali principi di diritto che consentono di analizzare, con uno sguardo critico, le modifiche apportate dalla legge del 25 novembre 2024 n. 177, all'art. 187 c.d.s. Come si è anticipato nella parte iniziale del lavoro, il dato saliente della novella contenuta nella suddetta legge è l'eliminazione, dalla fattispecie astratta di reato, di ogni riferimento allo stato di alterazione psicofisica. Nell'attuale assetto, la norma punisce “*chiunque guida dopo aver assunto sostanze stupefacenti o psicotrope*”<sup>21</sup>. La *mens legis* sottesa alla novella è chiara: il legislatore intende punire sempre e comunque chiunque si metta alla guida dopo aver assunto sostanze psicotrope, rendendo chiaro che non vi sarà tolleranza nemmeno per gli episodi di modesta gravità, quali quelli relativi alla consumazione di piccole dosi di sostanza stupefacente o ad assunzioni più remote rispetto al momento del controllo. Pertanto, lo scopo è quello di rendere chiaro ai consumatori di sostanze psicotrope che, d'ora in poi, per esigenze di tutela dell'incolumità di chi si trova nelle pubbliche vie e, in generale, della sicurezza della circolazione stradale, l'assunzione di stupefacenti è attività assolutamente ostativa alla guida di veicoli.

Il nuovo precetto, in linea con la *mens legis* suesposta risulta, come già accennato, molto più severo, ritenendo sufficiente per l'applicazione delle sanzioni contenute nell'art. 187 c.d.s. l'avvenuto

*traria a detto accertamento, dimostrando la sussistenza di vizi ed errori di strumentazione...ovvero vizi correlati all'omologazione dell'apparecchio, non essendo sufficiente la mera allegazione della difettosità dell'apparecchio' (Cassaz. Pen., sez.4, sentenza n. 7285 del 9.12.2020)”: cfr. Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 17 dicembre 2021 n. 46146. Oltre a ciò, nelle sentenze in cui non risultava chiaramente l'avvenuta omologazione e revisione periodica dell'etilometro, ha comunque valorizzato il dato probatorio inequivocabile restituito dal verbale degli operatori di P.G. in cui venivano descritti i sintomi esteriori dell'ubriachezza mostrati dal conducente nel frangente del controllo. A tal riguardo, la IV sezione della Suprema Corte, nella sentenza del 17 novembre 2021 n. 42125, ha precisato che la valutazione dei fatti effettuata sulla base del verbale di accertamento urgente redatto ai sensi dell'art. 354 cod. proc. pen., pienamente utilizzabile, è corretta. Questa prova documentale risulta più che sufficiente, se da essa risulta che l'imputato è stato legittimamente sottoposto all'esame con l'etilometro dopo aver riscontrato chiari sintomi di ebbrezza alcolica quali l'incedere a zig-zag, il linguaggio sconnesso, l'alito vinoso, la respirazione faticosa, l'equilibrio precario. Pertanto, in questo caso, la colpevolezza dell'imputato è stata correttamente e pienamente accertata sulla base del risultato dell'etilometro e degli indici comportamentali sintomatici rilevati dalla Polizia giudiziaria.*

21. Art. 187 del d.lgs. 285/1992.

riscontro circa il fatto che il soggetto sottoposto a controllo, prima di mettersi alla guida, abbia assunto sostanze psicotrope. Non rileva più, come si è detto, l'effettiva e attuale presenza di uno stato di alterazione. Appare evidente, dunque, che la modifica normativa ha radicalmente mutato anche la natura intrinseca della fattispecie di reato contravvenzionale di cui si sta discorrendo. Invero, se a rilevare è solo la circostanza dell'avvenuta assunzione di stupefacenti e non anche l'accertamento della presenza di uno stato di alterazione, si deve riconoscere che il legislatore ha presunto, in astratto, che la condotta punita sia pericolosa. Pertanto, la nuova disposizione contempla un reato di pericolo astratto, non più un reato di pericolo concreto.

Di fronte a questo mutato contesto normativo, ad avviso di chi scrive, si possono ipotizzare tre atteggiamenti ermeneutici differenti che l'interprete può assumere nell'accingersi a maneggiare il nuovo disposto dell'art. 187 c.d.s.

Assumendo un atteggiamento di carattere conservativo e strettamente fedele al tenore letterale e alla *ratio* della nuova disposizione, l'operatore del diritto può affermare, convalidando la scelta del legislatore, di reputare legittima la nuova fattispecie. A sostegno di questo atteggiamento si può, innanzitutto, affermare che rientra nelle facoltà del legislatore in materia di politica criminale adottare norme penali che sanzionano reati di pericolo astratto, quando esse sono finalizzate a tutelare beni giuridici di primaria importanza e di rango costituzionale<sup>22</sup>. Oltre a ciò, come ha precisato la Corte costituzionale, la previsione di fattispecie di reato di pericolo astratto risulta pienamente legittima quando la condotta punita risulta *ex se* pericolosa secondo l'*id quod plerumque accidit*<sup>23</sup>. In effetti, si potrebbe evidenziare, senza grandi difficoltà, che in questo caso ricorre la necessità di tutelare beni giuridici di fondamentale importanza (quali la vita e l'integrità fisica di chi percorre le pubbliche vie nonché, in generale, la sicurezza della circolazione stradale). Inoltre, si potrebbe valorizzare anche un dato oggettivo: le regole di esperienza dimostrano che i sinistri stradali gravi sono, sovente, cagionati da condotte imprudenti tenute per effetto dell'alterazione psico-fisica causata dall'alcool e dagli stupefacenti. È dato scientifico consolidato quello secondo il quale le droghe e l'alcool abbassano notevolmente l'intensità dei sensi, dei riflessi e della percezione del pericolo<sup>24</sup>.

22. F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Milano, 1983, p. 163 ss.; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in G. MARINUCCI, E. DOLCINI (a cura di), *Diritto penale in trasformazione*, Milano, 1985, p. 386 ss.

23. Ciò accade quanto sia leggi scientifiche, sia regole di esperienza affidabili dimostrano che una data condotta cagiona, nella quasi totalità dei casi, pericolo per il bene giuridico tutelato. In questo senso, Corte costituzionale, sentenza 10 maggio 2023, n. 139; Corte costituzionale, sentenza 17 ottobre 2022 n. 211; Corte costituzionale, sentenza 7 giugno 2019 n. 141; Corte costituzionale, sentenza 11 giugno 2008 n. 225.

24. A tal proposito, si rinvia a *Guidatori responsabili: sostanze e comportamenti pericolosi*, AUSL Bologna, consultabile alla seguente pagina web: <https://www.ausl.bologna.it/servt/dipt/dsp/uo/epscr/prosa/sicurezza/lavoro-trasporti-e-sicurezza/files/Area-Tematica-Comportamenti-alla-Guida-pdf.pdf>.

Infine, per giustificare l'introduzione di un siffatto precetto comportamentale più severo, si potrebbe valorizzare la circostanza che la detenzione ai fini del consumo personale di sostanze stupefacenti è una condotta, in sé considerata, antigiuridica. Come è noto, l'art. 75 del D.P.R. 309/1990 commina una serie di sanzioni amministrative nei confronti di chi *“per farne uso personale, illecitamente importa, esporta, acquista, riceve a qualsiasi titolo o comunque detiene sostanze stupefacenti o psicotrope”*<sup>25</sup>. Dunque, l'art. 187 c.d.s. si porrebbe in accordo con il più generico disfavore che l'ordinamento riserva per chi alimenta il mercato e la circolazione degli stupefacenti all'interno della società. Per di più, alcune delle sanzioni amministrative contemplate nell'art. 75 del D.P.R. 309/1990 consistono proprio nella sospensione o nel ritiro della patente, nonché nel fermo amministrativo del veicolo di cui il soggetto punito dispone. Ciò si potrebbe addurre come ulteriore conferma del fatto che l'ordinamento già ammette altre forme di punizione che presuppongono, in astratto, che chi consuma stupefacenti sia pericoloso alla guida.

Opinando diversamente, l'interprete potrebbe decidere di percorrere un'altra strada. Egli potrebbe sì ravvisare la presenza di una fattispecie di pericolo astratto, e riconoscerne la legittimità per i motivi già esaminati. Al contempo, però, potrebbe decidere di accogliere quell'orientamento presente nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità secondo il quale, sebbene la norma contempli un reato di pericolo astratto, è necessario, in ossequio al principio di offensività (artt. 25 e 27 Cost.), che il giudice ravvisi nel caso specifico una concreta messa in pericolo dei beni giuridici tutelati. In particolare, la Corte costituzionale ha delineato un duplice vaglio al quale è necessario sottoporre le fattispecie di reato di pericolo astratto, al fine di rispettare il principio di offensività. Citando testualmente una pronuncia cardine della Corte costituzionale sul punto, *“Spetta, in specie, alla Corte – tramite lo strumento del sindacato di costituzionalità procedere alla verifica dell'offensività ‘in astratto’, acclarando se la fattispecie delineata dal legislatore esprima un reale contenuto offensivo; esigenza che, nell'ipotesi del ricorso al modello del reato di pericolo, presuppone che la valutazione legislativa di pericolosità del fatto incriminato [...] risponda all' id quod plerumque accidit”*. Proseguono i Giudici affermando che *“Ove tale condizione risulti soddisfatta, il compito di uniformare la figura criminosa al principio di offensività nella concretezza applicativa resta affidato al giudice ordinario, nell'esercizio del proprio potere ermeneutico (offensività ‘in concreto’)”*<sup>26</sup>.

Giova ricordare, a tal proposito, che tale approccio è stato adoperato sovente con riguardo ai reati contro l'incolumità pubblica e, in particolare, con riguardo a figure criminose per certi versi simili

25. Art. 75 D.P.R. n. 309/1990, c.d. Testo unico in materia di stupefacenti.

26. Corte costituzionale, sentenza 20 giugno 2008 n. 225. Nello stesso solco interpretativo si è posta la Corte di Cassazione, affermando che *“allorché la fattispecie astratta non proponga profili di incompatibilità con il canone di offensività, dovrà essere il giudice ordinario a garantire che il fatto concreto esprima almeno una minima offensività. Ciò ha condotto la giurisprudenza di questa Corte ad esprimere la necessità, [...] che tali fattispecie debbano essere interpretate alla luce del criterio della contestualizzazione dell'evento”*: cfr. Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 20 dicembre 2017 n. 12631. Conforme Corte di Cassazione, sez. IV, sentenza 20 maggio 2014 n. 5397.



all'art. 187 c.d.s. come, ad esempio, quella di cui all'art. 439 c.p. Tale disposizione punisce “*Chiunque avvelena acque o sostanze destinate all'alimentazione, prima che siano attinte o distribuite per il consumo [...]*”. La giurisprudenza ha avuto modo di affermare che, per ritenere sussistente l'avvelenamento, non fosse bastevole il mero dato dell'avvenuto impiego di sostanze tossiche (di per sé intrinsecamente pericolose), ma che fosse necessario anche verificare concretamente che tali sostanze fossero presenti in una concentrazione quantitativa idonea a produrre un pericolo per gli eventuali assuntori<sup>27</sup>.

Pertanto, eludendo sostanzialmente l'intento perseguito dal legislatore e impresso nella nuova formulazione normativa, occorrerebbe continuare ad accertare, in concreto, i due elementi ai quali faceva riferimento la Corte costituzionale nell'ordinanza prima analizzata, ossia il dato delle analisi circa l'avvenuta assunzione degli stupefacenti e il riscontro autoptico di segni esteriori che denunciano l'attualità dello stato di alterazione. Solo in tal modo, difatti, è possibile appurare la presenza di un pericolo concreto per l'incolumità di chi percorre le pubbliche vie. In assenza di un affidabile riscontro circa l'attualità e la fattualità di uno stato di alterazione del conducente nel momento in cui è alla guida, sarebbe pretestuoso affermare che sia sorta la suddetta probabilità di danno.

Infine, alla stregua di un filone interpretativo più radicale e non conservativo, la nuova disposizione è costituzionalmente illegittima per violazione del principio di offensività (artt. 25 e 27 Cost.), nonché per violazione del principio di precisione-determinatezza di cui allo stesso art. 25 Cost. Sebbene vi sia sempre la necessità, professata dalla Consulta, di ricercare un'interpretazione di una disposizione costituzionalmente conforme prima di sollevare una questione di legittimità costituzionale e poi, eventualmente, di accogliere tale questione<sup>28</sup>, appare difficile effettuare tale operazione con riguardo al novellato articolo 187 c.d.s.

27. Corte di Cassazione, sentenza 13 febbraio 2007 n. 15216. In tale sede, i Giudici della Suprema Corte hanno affermato che si potrà effettivamente ravvisare l'avvenuto avvelenamento qualora siano accertate “*condotte che, per la qualità e la quantità di inquinante, siano pericolose per la salute pubblica (vale a dire potenzialmente idonee a produrre effetti tossico-nocivi per la salute), pericolosità che va scientificamente accertata*”. Conforme Corte di Cassazione, sentenza 21 settembre 2017, n. 52574. Per un approfondimento dottrinario sul punto si rinvia a G. LAGEARD, D. DE LORENZO, *Il principio di offensività nei reati di pericolo contro l'incolumità pubblica: finalmente una inedita conferma anche con riguardo al reato di somministrazione di farmaci imperfetti*, in *Giurisprudenza Penale*, 2019, p. 1 ss.

28. “*In linea di principio, le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”: cfr. Corte costituzionale, sentenza 22 ottobre 1996 n. 356; conformi Corte costituzionale, sentenza 18 luglio 2019 n. 189; Corte costituzionale, sentenza 26 febbraio 2020 n. 32; Corte costituzionale, sentenza 9 marzo 2021 n. 32; In dottrina, V. CRISAFULLI, *Questioni in tema di interpretazione della Corte costituzionale nei rapporti con l'interpretazione giudiziaria*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 1956, p. 939; G. PITRUZZELLA, *L'interpretazione conforme e i limiti alla discrezionalità del giudice nell'interpretazione della legge*, in *Federalismi.it*, fasc. 3, 2021, p. 161 ss.; A. NATALE, *Il giudice comune, servitore di più padroni*, in *Questione Giustizia*, fasc. 4, 2020, p. 98 ss.; A. BONOMI, *Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a Costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza*, in *Osservatorio AIC*, fasc. I, 2013.



In primo luogo, riprendendo quanto affermato *supra* in materia di analisi tossicologiche e relativi risultati, i riscontri delle stesse sono spesso prove non sufficienti della reale presenza di uno stato di alterazione del soggetto che si è posto alla guida. Non è un caso che vi è una corposissima giurisprudenza, prima citata, che ammonisce circa la necessità di appaiare i risultati delle analisi con il riscontro di altre circostanze che dimostrino l'attuale e reale presenza di uno stato di alterazione. Peraltro, come abbiamo già osservato, le procedure per accertare l'assunzione di sostanze stupefacenti sono particolarmente rigorose, proprio per ottenere un riscontro affidabile circa la presenza di uno stato di alterazione rilevante e attuale. Tutti questi elementi fanno comprendere come è opinione giurisprudenziale consolidata che, affinché venga realizzato quel *minimum* di offesa richiesto dall'art. 187 c.d.s., non può di certo bastare la mera assunzione di sostanze stupefacenti, a maggior ragione se risalente nel tempo o, comunque, priva di idoneità a ingenerare nell'assuntore un reale impatto negativo sulle sue condizioni psico-fisiche. Applicando alla lettera il nuovo articolo 187 c.d.s. c'è il rischio di alimentare una "cultura del sospetto"<sup>29</sup> nei confronti di chi consuma stupefacenti, sulla supposta ed errata convinzione che costui sia per ciò solo pericoloso alla guida di un veicolo.

Ovviamente, occorre ricordare che per i casi più gravi di assunzione abituale, che possono invece compromettere in via continuativa e non occasionale le facoltà psico-fisiche del guidatore, sono già previsti appositi rimedi. Si fa riferimento alla disciplina prevista nell'art. 119 c.d.s. (*"Requisiti fisici e psichici per il conseguimento della patente di guida"*) nonché negli artt. 319 e 320 del relativo Regolamento d'Attuazione (D.P.R. 495/1992). Sulla base del combinato disposto di queste norme, la patente di guida non deve essere rilasciata né confermata a soggetti *"che si trovino in stato di dipendenza attuale da alcool, stupefacenti o sostanze psicotrope né a persone che comunque consumino abitualmente sostanze capaci di compromettere la loro idoneità a guidare senza pericoli"*<sup>30</sup>. Pertanto, è già presente nell'ordinamento un sistema di misure idoneo ad arginare i casi più gravi, senza che sia necessario applicare un rigido approccio sanzionatorio di ampio spettro che faccia di tutta l'erba un fascio.

Si deve rilevare, inoltre, che di fronte alla nuova formulazione dell'art. 187 c.d.s. possono riprendere nuovo vigore i dubbi di legittimità costituzionale della disposizione sollevati dal giudice remittente nella relativa questione, sulla quale la Consulta si è pronunciata con l'ordinanza in commento n. 277/2004. Invero, il giudice *a quo* lamentava il contrasto dell'art. 187 c.d.s., nella sua vecchia formulazione, con l'art. 25 Cost., nella parte in cui richiede un sufficiente grado di precisione-determinatezza del precetto penale. Come si è diffusamente spiegato in precedenza, la Corte

29. Per un approfondimento sul c.d. "diritto penale d'autore" cfr. G. FLORA, *Verso un diritto penale del tipo d'autore*, in *Riv. italiana di diritto e procedura penale*, 2008, p. 559 ss.; M. DONINI, *Il diritto penale di fronte al "nemico"*, in *Cassazione penale*, fasc. 2, 2006, p. 735 ss.; E. STANIG, *Il nuovo diritto penale d'autore*, in P. PITTARO (a cura di), *Scuola Positiva e sistema penale: quale eredità*, Trieste, 2012, p. 45 ss.

30. Cfr. Appendice II – Art. 320 D.P.R. 495/1992.

costituzionale ha ritenuto il precetto della norma in esame sufficientemente preciso e determinato proprio in ragione del fatto che, nonostante vi sia l'assenza nell'art. 187 c.d.s. di una soglia quantitativa a cui è ancorata la rilevanza penale della condotta, la norma richiede la presenza di due elementi fattuali concorrenti. Tali elementi, ossia l'accertamento tossicologico circa l'avvenuta assunzione di stupefacenti e lo stato di alterazione psicofisica, secondo i giudici della Consulta, sono idonei a conferire determinatezza al precetto, pur in assenza della fissazione di una soglia-limite analoga a quella presente nell'art. 186 c.d.s., che punisce la guida in stato di ebbrezza<sup>31</sup>.

Sebbene non sia possibile ricostruire con certezza il percorso ermeneutico che la Consulta potrebbe tracciare se venisse chiamata a giudicare in merito al novellato art. 187 c.d.s., si può ragionevolmente ipotizzare che la stessa possa effettivamente rinvenire nello stesso un deficit sotto il profilo della precisione-determinatezza e della necessaria offensività. Se si legge con attenzione l'ordinanza n. 277/2004, la Corte indica proprio il concorso dei due elementi summenzionati come l'argomento principale che consente di negare la violazione dell'art. 25, comma 2, Cost. Un'ulteriore conferma di questa ipotesi ricostruttiva alternativa può desumersi da alcune pronunce della Corte costituzionale riguardanti il reato di guida in stato di ebbrezza ex art. 186 c.d.s. In queste pronunce viene riconosciuta la natura di reato di pericolo astratto della appena citata fattispecie<sup>32</sup>. Al contempo in queste statuizioni la Corte, seppur implicitamente, afferma che la ragionevolezza dell'incriminazione, che postula una valutazione presuntiva sulla concreta pericolosità della condotta punita, si fonda proprio su una tassativa e precisa indicazione di soglie-limite quantitative, reputate come indicative di uno stato di ebbrezza che non consente di mettersi alla guida nelle necessarie condizioni di sicurezza per sé e per gli altri. Il semplice riscontro di queste soglie-limite, individuate con precisione grazie ai risultati degli studi scientifici relativi ai rapporti tra gradiente alcolemico nel sangue e condizioni psicofisiche, consente di conferire solidità alla presunzione di pericolosità della condotta sanzionata dal legislatore.

Pertanto, sebbene le condotte sanzionate dagli artt. 186 e 187 c.d.s. differiscano notevolmente, si può a giusto merito ipotizzare che la Corte possa applicare i principi da essa espressi in altre occasioni anche in un ipotetico giudizio di legittimità costituzionale del novellato art. 187 c.d.s. Appare difficile sostenere che il mero riscontro delle analisi tossicologiche circa l'avvenuta assunzione di sostanze psicotrope possa, per ciò solo, giustificare le sanzioni, non solo penali, che l'art. 187 c.d.s. commina.

#### 4. Conclusioni

Alla luce di quanto si è cercato di analizzare *supra*, si può concludere affermando che tutti gli interpreti che, ai vari livelli, andranno a maneggiare il nuovo art. 187 c.d.s., dovranno districarsi tra

31. Vedasi *supra*, paragrafo 1.2.

32. Corte costituzionale, sentenza 27 ottobre 2023 n. 194; Corte costituzionale, sentenza 17 ottobre 2022 n. 211.

alcune difficoltà interpretative. Fortunatamente, la giurisprudenza di legittimità e costituzionale, alla quale si è fatto diffusamente riferimento in precedenza, consente di orientarsi sulla base di valide coordinate ermeneutiche. Non si può fare a meno di notare, comunque, che si tratta di un tema delicato in cui, a complicare il quadro, concorrono anche altri fattori. Invero, nel decidere se predisporre in modo più o meno favorevole alle novità introdotte, il giudizio può essere influenzato anche da posizioni soggettive e dalla sensibilità personale relative al tema del consumo degli stupefacenti. Da ultimo, non si deve dimenticare che dall'applicazione della norma in un senso o in un altro derivano rilevanti implicazioni sociali tra cui, *in primis*, l'aumento o meno del numero di procedimenti penali per il reato di cui all'art. 187 c.d.s. Tanto considerato, per comprendere in quale direzione andrà la giurisprudenza, non resta che attendere le prime pronunce che andranno ad applicare la disposizione analizzando nella sua nuova formulazione.



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





## Le alleanze tra vettori aerei limitative della concorrenza: il caso della North East Alliance\*

Paolo Felix Iurich

Avvocato presso la Direzione Analisi Giuridiche e Contenzioso dell'ENAC

Marco Di Giugno

Dirigente ENAC, Professore a contratto di Diritto della navigazione presso l'Università degli Studi di Salerno

### Abstract

*TAirline alliances that restrict competition: the case of the North East Alliance.*

*The United States Court of Appeals for the First Circuit upheld a lower court ruling that deemed the Northeast Alliance (NEA), a close collaboration agreement between American Airlines and Jet-Blue, anti-competitive. The alliance involved joint market planning, profit-sharing, code-sharing, reciprocal slot allocation and restrictions, and a reciprocal loyalty program. The Court considered this alliance unprecedented in the airline industry and, upholding the lower court ruling, found that the NEA had eliminated competition between the participants and had not produced benefits for consumers. The Court therefore ruled the alliance illegal.*

*La Corte d'Appello del Primo Circuito degli Stati Uniti ha confermato la sentenza di primo grado che qualificava come anticoncorrenziale la Northeast Alliance (NEA), un accordo di stretta collaborazione tra American Airlines e JetBlue. L'alleanza prevedeva una pianificazione congiunta del mercato, la condivisione dei profitti, il code-sharing, la locazione e restrizione reciproca degli slot e un programma di fidelizzazione reciproco. La Corte ha considerato tale alleanza senza precedenti nell'industria aerea e, confermando la sentenza di primo grado, ha rilevato che la NEA aveva eliminato la concorrenza tra i partecipanti e non aveva prodotto benefici per i consumatori. La Corte ha ritenuto, pertanto, illecita l'alleanza.*

\* Sottoposto a referaggio. Sebbene il lavoro sia il frutto di una riflessione e redazione congiunta degli autori, i paragrafi 1, 3 e 4 sono da attribuirsi a Paolo Felix Iurich, mentre i paragrafi 2, 5 e 6 sono da attribuirsi a Marco Di Giugno.

*Key words: Airline Alliances – Competition – Consumer Protection – Restrictive Agreements - Antitrust - Disruptive role – Burden of proof – joint venture.*

*Parole chiave: Alleanze tra Vettori Aerei – Concorrenza – Tutela dei Consumatori – Intese restrittive – Antitrust - Disruptive role – Onere della prova – Joint Venture.*

**Sommario** – 1. La sentenza n. 23-1802 della United States Court of Appeals for the first circuite – 2. Le alleanze tra le compagnie aeree – 3 La North Est Alliance – 4. Le motivazioni della sentenza – 4.1. *Il modello di alleanza tra vettori aerei ritenuto legittimo dalla Corte* – 4.2. *La tutela dei consumatori* – 4.3. *Il danno alla concorrenza ed al mercato* – 4.4. *Le carenze probatorie dei convenuti* – 4.5. *Le potenziali minacce alla concorrenza* – 4.6. *La NEA quale joint venture* – 5. Un confronto tra il sistema antitrust Americano e quello Europeo – 6. Conclusioni.

### 1. La sentenza n. 23-1802 della United States Court of Appeals for the first circuite

La Corte di appello del primo circuito degli Stati Uniti ha adottato – il 5 marzo 2024 – una importante sentenza in materia di alleanze tra vettori aerei. La sentenza è stata resa in sede di appello rispetto un provvedimento della Corte distrettuale del Massachusetts. La Corte, confermando la sentenza di primo grado, ha qualificato come anticoncorrenziale la Northeast Alliance (NEA), un accordo di stretta collaborazione tra American Airlines e JetBlue. L'alleanza in questione era finalizzata a distribuire il mercato aeronautico degli Stati Uniti nord-orientali, un territorio che va dal New England (Massachusetts, Maine, New Hampshire) e si spinge sino alle porte del Midwest (Ohio e Pennsylvania). All'interno di tale bacino vi sono le città di New York e Boston, rappresentanti due HUB aeroportuali a livello internazionale.

Ebbene, in primo grado, la Corte Distrettuale ha rilevato che la NEA aveva totalmente eliminato la concorrenza tra i partecipanti all'alleanza e che non vi fossero apprezzabili effetti benefici e positivi a favore dei consumatori. L'alleanza prevedeva i seguenti punti fondamentali:

- Pianificazione di una rete di mercato e capacità di coordinamento comune;
- Condivisione dei profitti;
- *Codesharing* reciproco;
- Locazione e restrizione reciproca degli *slots*;
- Programma di fedeltà reciproco.

Questa combinazione di azioni è stata considerata senza precedenti nell'industria aerea, anche perché l'operazione si esponeva a rischi legali con riferimento al rispetto della normativa antitrust. La NEA era stata predisposta secondo lo schema delle alleanze aeree internazionali necessitanti di una autorizzazione dalle autorità di regolazione in quanto caratterizzate da elementi di diffonibilità nei confronti della normativa *antitrust*.

## 2. Le alleanze tra le compagnie aeree

Come noto, nell'ambito del settore aeronautico, la collaborazione tra vettori aerei è un fenomeno comune, che spesso si traduce in accordi e contratti di cooperazione tra i vettori (es. contratti di wet lease, franchising, interchange agreement, etc.) che realizzano una intensa integrazione funzionale e produttiva tra i componenti dell'alleanza<sup>1</sup>.

Il fenomeno delle alleanze, nato dalla fine degli anni 80 a seguito del processo di liberalizzazione che ha coinvolto il settore aeronautico, si è sviluppato dapprima negli Stati Uniti poi in Europa<sup>2</sup> diventando successivamente un fenomeno a rilevanza mondiale, coinvolgendo tutti i continenti del globo: non solo l'Europa e il Nord America, quindi, ma anche l'America Latina e l'Asia<sup>3</sup>. Le alleanze, pur rappresentando delle intese potenzialmente lesive della concorrenza, sono state reputate un fenomeno economico compatibile con i principi del mercato concorrenziale, purché rispettino determinate condizioni<sup>4</sup>. In primo luogo, le alleanze non devono eliminare completamente la concorrenza tra i partecipanti. I componenti di una alleanza, dunque, pur potendo integrare reciprocamente le proprie attività, devono continuare a concorrere l'uno con l'altro. In secondo luogo, le alleanze devono garantire un vantaggio per i consumatori, gli utenti finali del servizio aereo, al fine di poter giustificare un parziale effetto distorsivo della concorrenza. Quest'ultima condizione può ritenersi soddisfatta laddove concorrano taluni elementi, come ad esempio la riduzione del prezzo del biglietto, ovvero un aumento qualitativo del servizio<sup>5</sup>.

Una delle forme più rilevanti di alleanze in ambito aeronautico è rappresentato dal code sharing, definito quale un contratto tra vettori aerei che consente a uno di essi di estendere i propri servizi aerei internazionali di linea, pubblicati con il proprio codice e i numeri di linea da esso stesso gestiti, che serve con i propri servizi, includendo nella pubblicazione della propria rete i servizi di collegamento di un altro vettore o di vettori aerei come servizio proprio<sup>6</sup>.

Negli Stati Uniti, ove il diritto *antitrust* è nato, è vigente un articolato apparato normativo in materia di concorrenza in materia di trasporti. In via preliminare e generale, si ricorda che il testo

1. Cfr. R.F. SURYAWAN, JULIATER SIMARMATA, *Legal Aspects in Business Alliances and Strategic Partnerships Between Airlines*, in *Journal of law, politic and humanities*, 2023, p. 3.

2. Per una ricostruzione ampia della storia recente delle alleanze si rinvia a K. BUTTON, *Wing Across Europe, Toward an efficient european air transport system*, Aldershot, 2004.

3. Al riguardo, si veda R.A. NUGRAHA, *Legal issues surrounding airline alliances and codeshare arrangements: insights for the indonesian and asean airline industries*, in *Indonesia Law Review*, 2018.

4. Cfr. J.K. BRUECKNER, D. LEE, E.S. SINGER, *Alliances, Codesharing, Antitrust Immunity, and International Airfares: Do Previous Patterns Persist?*, in *Journal of Competition Law & Economics*, Vol. 7, n. 3, 2011, p. 573-602.

5. Cfr. J.K. BRUECKNER, *International airfares in the age of alliances: The effects of codesharing and antitrust immunity*, in *Review of Economics and Statistics*, 2003, p. 105-118; J.K. BRUECKNER, W.T. WHALEN, *The price effects of international airline alliances*, in *Journal of Law and Economics*, 2000, p. 503-545; W.T. WHALEN, *A panel data analysis of code sharing, antitrust immunity and open skies treaties in international aviation markets*, in *Review of Industrial Organization*, 2007, p. 39-6.

6. Cfr. H. WASSENBERGH, *Principles and Practices in Air Transport Regulation*, Parigi, 1993, p. 166.

normativo di riferimento in materia *antitrust* è il c.d. *Sherman Act*, a cui la normativa in materia specifica di trasporti si conforma. Nell'esaminare la disciplina vigente, si rende necessario delineare il quadro delle competenze dei vari organi ed autorità. Al Dipartimento dei Trasporti è conferito il potere di esentare le imprese dal rispetto della normativa concorrenziale, attraverso l'esercizio di un potere che si traduce in un provvedimento di carattere concessorio nei confronti delle imprese interessate.

Diversamente, le fusioni e le altre operazioni societarie di concentrazione devono essere approvate dal Dipartimento di Giustizia<sup>7</sup>. Pertanto, mentre al Dipartimento dei trasporti compete il riconoscimento dell'esenzione per le concentrazioni c.d. orizzontali, al Dipartimento di giustizia è riconosciuto un potere autorizzativo delle concentrazioni c.d. verticali. La differenza tra i due poteri, inoltre, è rinvenibile anche in ragione del diverso potere esercitato dai due organi. Infatti, mentre nel caso del potere di esenzione si è in presenza di un potere di carattere concessorio, l'approvazione di concentrazioni verticali, invece, dovrebbe assumere una veste di tipo autorizzatorio. Tale circostanza si evince perché, mentre nel caso delle concentrazioni orizzontali, l'impresa beneficiaria gode di un regime normativo derogatorio, nel caso delle fusioni, invece, la fusione è un'operazione tendenzialmente ammessa dalla legge e, dunque, vi è la mera rimozione di un limite legale all'esercizio di facoltà previste dalla legge. Pertanto, mentre l'esenzione costituisce un potere di carattere costitutivo, l'approvazione della fusione (o concentrazione verticale) è un potere dichiarativo. Tuttavia, per altra ricostruzione plausibile, anche l'esenzione è ascrivibile alla categoria dei poteri autorizzatori, essendo annoverabile quale dispensa dal regime giuridico ordinario<sup>8</sup>.

Il procedimento per il rilascio delle concessioni di esenzione prevede l'applicazione di criteri che prendono le mosse dalla scienza economica, finalizzati ad esaminare l'impatto effettivo e concreto sul mercato dei singoli accordi. Tale controllo ha lo scopo di verificare le posizioni dei consumatori e degli altri operatori economici in presenza della potenziale efficacia dell'accordo.

Si procede, pertanto, con la verifica del c.d. test del *Clayton act*<sup>9</sup>, con il quale si esamina se la alleanza sia in grado di ridurre concretamente la concorrenza e facilitare l'esercizio del potere di mercato. In seguito, il procedimento di rilascio prevede che l'Amministrazione osservi il c.d. "*Horizontal Merger Guidelines*"<sup>10</sup>, redatto dagli organi preposti alla tutela della normativa concorrenziale. Il metodo utilizzato dalle predette linee guida verifica il potere di mercato delle imprese dell'accordo. Il potere di mercato viene considerato come l'attitudine delle imprese partecipanti all'accordo, per un periodo di tempo significativo, di incrementare la propria capacità di profitto in un determinato prodotto e in certi mercati geografici, aumentando i prezzi di mercato, ovvero riducendoli, rispetto le condizioni in un mercato competitivo. Nel contesto del settore

7. Cfr. la legge sull'esenzione della normativa antitrust del 1988 (49 U.S. Code § 41308).

8. Cfr. J. REITZES, D. MOSS, *Airline alliances and systems competition*, in *Houston Law Review*, 45, 2008, p. 303.

9. Quest'ultimo prende il nome dal *Clayton Antitrust Act* of 1914 (15 U.S.C. §§ 12-27, 29 U.S.C. §§ 52-53).

10. "*Linee guida sui raggruppamenti orizzontali*". Cfr. W. GILLESPIE, O. M. RICHARD, *Antitrust immunity and international airline alliances*, *Economic Analysis Group Discussion Paper*, No. EAG 11-1, U.S. Department of Justice, Antitrust Division, Economic Analysis Group (EAG), Washington, DC, February 2011, p. 7.

aeronautico, i servizi aerei di linea rappresentano il mercato rilevante da considerare per verificare l'impatto dell'alleanza<sup>11</sup>.

Pertanto, applicando il Test di *Clayton*, si verifica se, nel mercato di riferimento (segnatamente i servizi aerei di linea), si può accertare se la concorrenza non risulti totalmente annullata e se le imprese esercitino o meno il potere di mercato, nei termini sopra descritti. Il test si reputa positivamente superato se l'accordo, dopo un significativo periodo temporale, non annulli totalmente la concorrenza nel mercato di riferimento, inteso come prodotto o area geografica rilevante, e sempre che le imprese non esercitino il potere di mercato. In caso di superamento positivo del Test di *Clayton*, il Dipartimento dei Trasporti può concedere l'immunità alla alleanza<sup>12</sup>.

Nell'ambito del diritto antitrust statunitense, la giurisprudenza<sup>13</sup> ha la funzione di qualificare i comportamenti come contrari o meno ai principi concorrenziali. Al riguardo, si distinguono le azioni che sono considerate automaticamente illecite (c.d. *unlaw di per se*), come ad esempio la fissazione di prezzi comuni, da azioni che devono essere analiticamente esaminate, all'esito del quale si verifica, che la stessa produca irragionevoli effetti anticoncorrenziali (si parla di c.d. "*rule of reason*"). Attraverso il criterio in questione, le Corti prendono in considerazione una serie di molteplicità di fattori ed elementi: le peculiarità delle imprese e del contesto di mercato delle imprese coinvolte, le condizioni di mercato prima e dopo l'attuazione della intesa restrittiva, la natura delle restrizioni, gli scopi ed i fini perseguiti<sup>14</sup>. In quest'ultimo caso, la giurisprudenza è chiamata ad effettuare un giudizio di ragionevolezza, il cui fine è verificare se gli effetti anticoncorrenziali prodotti siano giustificati<sup>15</sup>. Tale criterio richiede che le corti valutino specificamente gli effetti restrittivi della concorrenza.

Invero, pur richiamando il concetto di ragionevolezza, non sembra lo stesso possa attagliarsi al principio di ragionevolezza conosciuto dal diritto italiano: in verità, la *rule of reason* appare più simile al giudizio di meritevolezza di cui all'art. 1322 c.c., poiché avente il fine di verificare concretamente se la condotta posta in essere sia tutelabile dal diritto vigente.

Sotto il profilo procedimentale, il Dipartimento dei Trasporti gode di un potere di controllo in ordine all'efficacia dello stesso, che si traduce nell'emanazione di un provvedimento di carattere autorizzativo, attraverso il quale approva od oppone un diniego all'efficacia dell'accordo<sup>16</sup>.

11. Cfr. W. GILLESPIE, O. M. RICHARD, *Antitrust immunity*, cit., p. 7.

12. Cfr. W.L. DEAN, J.N. SHANE, *Alliances, Immunity, and the Future of Aviation*, in *Issues in Aviation Law and Policy*, 11(2), 2012, p. 2.

13. Cfr. R. S. KHEMANI, L. WAVERMAN, *Strategic Alliances: A Threat to Competition?* in *Competition Policy in the Global Economy: Modalities for Cooperation*, in L. WAVERMAN, W.S. COMANOR, A. Goto (editors), London, New York, 1997.

14. Cfr. *Brown Shoe vs United States*, 1962.

15. Cfr. *Cal. Dental Ass'n vs FTC*, 1999.

16. Cfr. S. KIMPEL, *Antitrust Considerations in International Airline Alliances* *Antitrust Considerations in International Airline Alliances*, in *Journal of Air Law and Commerce*, 1997, p. 481.

Il procedimento di approvazione avviene attraverso due principali fasi<sup>17</sup>. In primo luogo, il Dipartimento dei Trasporti verifica se la proposta di accordo sia sostanzialmente in grado di ridurre od eliminare la concorrenza<sup>18</sup>. In caso positivo, il Dipartimento dei Trasporti adotta un provvedimento di diniego nei confronti dell'accordo; tuttavia, il Dipartimento dei Trasporti può approvare l'accordo, anche se anticoncorrenziale, ove motivi in presenza di un interesse pubblico, ovvero per soddisfare una necessità urgente nell'ambito del trasporto<sup>19</sup>. In seguito al positivo accertamento che l'accordo non provochi una riduzione della concorrenza, occorre verificare la compatibilità dell'accordo con l'interesse pubblico.

Il Dipartimento dei Trasporti può altresì prevedere specifiche condizioni all'accordo, come, ad esempio, escludere talune località geografiche dall'applicazione degli accordi delle alleanze, imponendo così un regime concorrenziale tra i partecipanti nelle località in cui l'accordo non si applica. In tal modo, il Dipartimento dei Trasporti incide su talune località geografiche inerenti l'alleanza, applicandosi il normale regime concorrenziale nelle località selezionate, attraverso un potere di selezione<sup>20</sup> degli effetti della alleanza sulle singole rotte.

Lo stesso dovrebbe valere anche nel caso di modifiche sostanziali, le quali mutino sensibilmente il contenuto originario dell'accordo. In tale ultima evenienza, il Dipartimento dei Trasporti dovrebbe esercitare una forma di potere di secondo grado sulle modifiche dell'accordo, subordinando l'efficacia delle modifiche all'approvazione delle stesse.

Le immunità nell'ordinamento statunitense sono state sovente concesse sulla base di accordi bilaterali o multilaterali tra gli Stati Uniti ed altri paesi<sup>21</sup>. Nel contesto di collaborazione internazionale in ambito aeronautico, il Dipartimento dei Trasporti ha concesso la prima immunità alla prima storica alleanza tra vettori, l'accordo del 1993 tra *Northwest* e *KLM*. Pertanto, le più importanti alleanze tra vettori aerei, quanto meno nell'area euro-atlantica, sono state favorite dalle politiche pubbliche e diplomatiche statunitensi, mediante i propri organi di governo che hanno permesso lo sviluppo di tale forma di collaborazione commerciale.

Infatti, analizzando il diritto antitrust statunitense, emerge come le condizioni affinché una alleanza sia conforme alla normativa stessa sono essenzialmente due:

1) effetti benefici per gli utenti del servizio. Nel dettaglio, l'alleanza deve aumentare la qualità del servizio e ridurre il prezzo dello stesso. Questo risultato spesso si raggiunge attraverso una serie di servizi combinati tra le compagnie partecipanti all'accordo, come ad esempio i *frequent flyer*, che assicurano un innalzamento degli *standard* qualitativi del servizio;

17. Cfr. P.E. AREEDA, H. HOVENKAMP, *Antitrust law: an analysis of antitrust principles and their application*, 2017, p. 1501.

18. Cfr. H. HOVENKAMP, The rule of reason, in *Florida Law Review*, 70, 2018, p. 85.

19. Cfr. 49 U.S.C. §41309(b).

20. Si veda, al riguardo, W. GILLESPIE, O. M. RICHARD, *Antitrust immunity*, cit., p. 16.

21. A tal riguardo, si veda A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, Torino, 2023, p. 107 ss.



2) assenza di eliminazione completa della concorrenza. Le imprese partecipanti alla alleanza, pur coordinando insieme le proprie attività economiche, non possono mai eliminare completamente la reciproca concorrenza, potendo essere solamente attenuata, ma non totalmente annichilita. Se difetta una sola delle condizioni, l'alleanza produce effetti distorsivi della concorrenza e non può reputarsi lecita. Sulla base della teoria economica, infatti, le alleanze tra imprese, determinando una deroga alla regola della libera concorrenza, deve essere in grado di apportare maggiori benefici che si avrebbero in regime di totale libero mercato. I benefici sono la riduzione dei prezzi, l'aumento della qualità dei beni e la più efficiente ed ottimale allocazione della produzione. È la medesima ragione per cui sono giustificati i monopoli naturali.

### 3. La north east alliance

La “Northeast alliance” (NEA) è una alleanza nata da una serie di accordi tra American Airlines e JetBlue, finalizzati sia a superare l'importante concorrenza tra le due compagnie, che ad incrementare la propria posizione di mercato nelle città di New York e Boston e, più in generale, negli Stati Uniti nord-orientali<sup>22</sup>. Nei confronti di tali accordi, il Dipartimento di Giustizia e i Procuratori generali di sei Stati<sup>23</sup> e del Distretto di Columbia hanno ricorso alla Corte distrettuale del Massachusetts.

La Corte del Massachusetts, in data 19 marzo 2023<sup>24</sup>, ha accolto il ricorso, accertando che il NEA eliminasse effettivamente la concorrenza tra i partecipanti all'accordo e che le stesse esercitassero un potere di mercato non consentito; parimenti, le difese dei partecipanti alla NEA, mediante le quali le imprese avevano cercato di dimostrare che l'alleanza avrebbe reso le compagnie più efficienti ed attraenti per i passeggeri, sono state disattese. Avverso la sentenza di primo grado, in sede di appello<sup>25</sup> è stata confermata la pronuncia gravata, rilevando la violazione della normativa concorrenziale. L'adita Corte ha rilevato come l'accordo avesse completamente eliminato la concorrenza tra le due imprese partecipanti all'alleanza incriminata<sup>26</sup>, senza riuscire a generare un significativo effetto benefico per i consumatori.

Quando la NEA è stata annunciata, il Dipartimento dei Trasporti ed il Dipartimento di Giustizia hanno avviato degli specifici procedimenti, diretti a verificare la compatibilità della alleanza alla

22. Da cui deriverebbe il nome della alleanza, vista la collocazione geografica ove l'alleanza si rivolgeva.

23. Arizona, California, Florida, Massachusetts, Pennsylvania, Virginia.

24. Cfr. United States District Court for the District of Massachusetts, No. 1:21-cv-11558 (Hon. Leo T. Sorokin).

25. Cfr. United States Court of Appeals for the First Circuit No. 23-1802 del 3 maggio 2024.

26. Il giudice di appello, infatti, ha affermato che *“The court found that the NEA caused ‘serious anticompetitive harm,’ ADD84, by eliminating the aggressive competition between Defendants; weakening JetBlue’s incentive and ability to act as a maverick competitor; allocating markets; reducing consumer choice; lowering output on key NEA routes; and putting upward pressure on prices. All of this ‘substantially upset[] the competitive balance in a highly concentrated industry’”*.

normativa antitrust. Il Dipartimento dei Trasporti ha accertato come vi fossero delle criticità in ordine alla conformità della normativa vigente e, perciò, ha deferito il Dipartimento di Giustizia dell'esame della compatibilità dell'accordo. In seguito, il Dipartimento di Giustizia ha provveduto ad avviare il procedimento giudiziario in esame.

Le pronunce summenzionate costituiscono importanti precedenti per l'ordinamento statunitense, costituendo una storica battuta di arresto per il fenomeno delle alleanze.

#### 4. Le motivazioni della sentenza

Per poter comprendere appieno il contenuto della sentenza oggetto della presente analisi, occorre sinteticamente ripercorrere il contenuto della sentenza di primo grado, richiamata nel testo della sentenza di appello. La Corte distrettuale ha accertato plurimi caratteri anticoncorrenziali e l'assenza di effetti benefici per la concorrenza ed i consumatori. Tale accertamento è avvenuto con il criterio della *rule of reason*, il cui funzionamento è stato spiegato sopra.

La Corte ha rilevato che l'alleanza fosse contraria alla concorrenza, in violazione dello *Sherman Act*, testo normativo contenente le regole fondamentali del diritto antitrust statunitense. Lo *Sherman Act* positivizza le ricostruzioni teoriche della scienza economica sulla libera concorrenza, considerando la concorrenza come lo strumento ideale per allocare in modo ottimale la produzione, ridurre il prezzo dei beni, massimizzare l'utilità dei consumatori. Sul punto, si segnala che nella Sentenza *N. Pac. Ry. Co. contro gli Stati Uniti* (1958), richiamata nel processo di primo grado, la Corte Suprema ha affermato che la concorrenza degli operatori economici produce una ottimale allocazione delle risorse economiche, determinando prezzi più bassi ed una maggiore qualità dei beni offerti.

Prima della NEA, tra le due imprese esisteva un rapporto di forte concorrenza reciproca. La decisione in commento ha rilevato, infatti, come una simile concorrenza avesse da un lato ridotto il prezzo complessivo del mercato, soprattutto in ragione della concorrenza dei servizi *low cost* di JetBlue; dall'altro lato, la concorrenza aveva indotto le parti ad implementare e migliorare il proprio servizio, aumentando la utilità globale dei consumatori. Al 2019, prima della alleanza, i due vettori erano due delle quattro imprese più grandi operanti a New York e due tra le più grandi a Boston.

In primo grado, è stato accertato che le azioni combinati tra le due imprese ha determinato la creazione di un potere di mercato, riducendo complessivamente la produzione nel mercato di riferimento. Attraverso la NEA, la Corte di primo grado ha rilevato come fosse indebolita la posizione di JetBlue, capace di esercitare un potere dirompente all'interno del mercato, e che, del pari, vi fosse stato un significativo aumento dei prezzi. La Corte di primo grado ha altresì affermato come, nell'ambito della collaborazione tra imprese, fosse possibile configurare una tipologia di collaborazione alternativa meno restrittiva rispetto la NEA. Ciò premesso, anche nel processo di secondo grado è stato accertato che la NEA praticasse delle condotte che hanno pregiudicato la libera concorrenza. La Corte ha rilevato che la controversia fosse un caso senza precedenti, avendo

completamente eliminato la concorrenza tra le due compagnie aeree più grandi degli Stati Uniti orientali. Innanzitutto, la Corte di appello ha dichiarato che American Airlines non ha dedotto chiaramente gli errori processuali che avrebbe compiuto la Corte di primo grado. Viene, dunque, rilevato, in primo luogo, un difetto di precisa allegazione rispetto le doglianze da effettuare alla sentenza impugnata. In particolare, American Airlines non contesta precisamente e dettagliatamente le risultanze fattuali provate nel processo di primo grado, ignorando tali elementi probatori. Invero, la Corte afferma come American Airlines cerchi di mutare i precedenti giurisprudenziali della Corte, cercando di introdurre nuovi principi, interpretazioni e regole (*novel legal standard*). Allo stesso modo, American Airlines cerca di distorcere il criterio della *rule of reason*, che si presta ad interpretazioni ed impieghi interpretativi flessibili, per poter giustificare la propria condotta, la quale è stata accertata come incompatibile rispetto alla concorrenza. La Corte rileva come non venga dedotta l'erroneità delle risultanze istruttorie del processo di primo grado. Sotto questo profilo, sembrerebbe che non venga contestato quanto provato nel processo di primo grado. Una simile condotta processuale, nel processo civile italiano, determinerebbe verosimilmente la non contestazione dei fatti provati e, in sede di appello, la mancata impugnazione del capo della sentenza, con contestuale formazione del giudicato interno del capo stesso. Pertanto, appare corretto il ragionamento della Corte circa l'omessa prova ed allegazione dei vizi e degli errori del giudice di primo grado.

La Corte in sede di appello, invero, ha ritenuto rilevanti le seguenti questioni:

1. se la Corte di primo grado ha correttamente accertato che i ricorrenti abbiano provato gli effetti anticoncorrenziali, sia direttamente, che indirettamente;
2. se la Corte di primo grado ha correttamente reputato come non soddisfatto l'onere probatorio dei convenuti;
3. se la Corte di primo grado, avendo accertato risultati fattuali incontrovertibili ed incontestabili, ha correttamente reputato che gli obiettivi della NEA potessero essere conseguiti con misure o modalità meno restrittive della NEA stessa.

Per quanto riguarda l'onere probatorio, preme evidenziare che, come è naturale pensare, agli attori spetta la prova degli effetti anticoncorrenziali, mentre ai convenuti incombe dimostrare che gli asseriti effetti anticoncorrenziali producessero, invero, effetti benefici per la concorrenza e per i consumatori.

La NEA ha eliminato la concorrenza tra i partecipanti alla alleanza. Lo stesso Amministratore delegato di JetBlue ha ammesso che le due società non avrebbero dovuto competere tra di essi negli Stati Uniti nord-orientali. Tale dichiarazione viene utilizzata quasi come avente un valore confessorio, nel ricostruire i presupposti per dichiarare la NEA una intesa vietata. Le alleanze già esistenti non avevano mai eliminato completamente la reciproca concorrenza, elemento che, invero, rimane imprescindibile per poter qualificare come lecite le alleanze. Ebbene, nel processo di primo grado, la Corte distrettuale ha rilevato come la NEA avesse totalmente eliminato la concorrenza delle imprese partecipanti. Attraverso la NEA, invero, le parti dell'accordo hanno esercitato un potere di mercato, aumentando i prezzi e disincentivando la reciproca concorrenza, sino ad

eliminarla totalmente. L'accumulo di potere di mercato, dunque, comporta un sostanziale effetto anticoncorrenziale, vietato dalla normativa e dal diritto antitrust.

Prima della NEA, American Airlines e JetBlue erano in forte concorrenza l'uno con l'altro. Il ruolo di JetBlue nel mercato, quale impresa *low cost*, era rilevante, in quanto in grado di poter modificare i prezzi al ribasso, favorendo così gli interessi dei consumatori. A tal proposito, la Corte ha affermato che è stato empiricamente provato che l'entrata in un mercato da parte di JetBlue determinava il ribasso dei prezzi, mentre nel momento in cui essa usciva, i prezzi salivano. Tale meccanismo veniva chiamato "JetBlue effect": JetBlue, quale impresa che applicava prezzi *low cost*, era in grado di abbassare il prezzo complessivo del mercato, in quanto proponente delle tariffe ridotte per gli utenti del servizio. La politica aggressiva di JetBlue aveva degli importanti impatti sul mercato e, in sostanza, concorreva a creare delle condizioni concorrenziali benefiche per gli utenti del servizio. Tale effetto era dovuto al modello di impresa di JetBlue, nel quale vi sono bassi costi di struttura, che gli permettevano di fissare prezzi bassi. JetBlue veniva considerata una impresa caratterizzata dal c.d. "*disruptive role*" (o "*Maverick firm*"), con la funzione di alterare le condizioni di mercato, nell'ottica di fornire servizi o beni a costo basso, con l'effetto di ridurre il prezzo complessivo del mercato e, di conseguenza, di aumentare l'utilità globale dei consumatori. Le *Maverick firm* vengono considerate degli operatori essenziali all'interno del mercato, poiché riescono a modificare i prezzi a vantaggio dei consumatori. Perciò, JetBlue assumeva una importante funzione all'interno del mercato dei vettori aerei, riuscendo a modificare i prezzi verso il basso, incrementando l'utilità dei consumatori e, allo stesso tempo, riducendo le eventuali barriere all'ingresso nel mercato. Il *disruptive role* di JetBlue deriva dal suo modello di *business* e di politiche commerciali, consistenti e tendenti ad offrire servizi aerei *low cost*. La sentenza in commento ha affermato che, secondo la giurisprudenza statunitense (cfr. *United States contro H&R Block, Inc.*), le imprese che detengono un ruolo c.d. "dirompente" all'interno del mercato possono creare benefici per consumatori e per le altre imprese, per quanto concerne le politiche di prezzo.

In sostanza, la concorrenza tra JetBlue e American Airlines aveva creato delle condizioni ottimali ed un complessivo miglioramento dei rispettivi servizi, incrementando così l'utilità dei consumatori. Le parti dell'alleanza, prima della nascita della stessa, avevano l'intenzione di espandersi negli Stati Uniti nord-orientali. Prima ancora della costituzione della NEA, le parti avevano già tentato di creare una alleanza simile alla NEA: si parlava, infatti, di creare la "East Cost International Alliance", similmente ad una alleanza già esistente, la "West Coast International Alliance", intercorrente tra American Airlines e Alaska Airlines. La Corte, tuttavia, ha rilevato come la NEA non avesse i caratteri propri della "West Coast International Alliance", ma sembrerebbe atteggiarsi come un unico centro di imputazione di interessi e di manifestazione di volontà. A tal proposito, le parti costituenti la NEA si sono comportate come se fossero un unico soggetto, avviando delle politiche commerciali unitarie.

Nella sentenza in commento, si parla addirittura di una "quasi-fusione" ("*a merger-like arrangement*") per evidenziare l'elevato grado di coordinamento produttivo tra le due imprese. Tale qualifica, infatti, parrebbe evincibile dalla circostanza che, nella NEA, le parti dell'alleanza hanno

totalmente eliminato la concorrenza reciproca tra essi e che le due imprese agissero come un unico soggetto nel mercato degli Stati uniti nord-orientali. Infatti, la Corte ha affermato che, negli aeroporti di Boston, di New York e negli aeroporti di Newark, la NEA agiva come una vera e propria compagnia aerea unica. In realtà, non può parlarsi tecnicamente di una fusione, poiché la stessa presuppone la nascita di un nuovo soggetto, con eliminazione delle soggettività giuridiche dei soggetti fusi, ovvero una incorporazione di una società rispetto all'altra. Quello che la Corte sembrerebbe dire è che le politiche commerciali di entrambe le società erano così reciprocamente coordinate da creare una volontà strettamente correlata ad uno scopo unitario, in quanto convergenti ad obiettivi e fini intrecciati e comuni. Volendo qualificare giuridicamente la NEA con le categorie dell'ordinamento giuridico italiano, si può supporre che la stessa sia configurabile come una specie di consorzio, nel quale le imprese partecipanti, pur mantenendo la propria autonoma soggettività giuridica, coordinano reciprocamente le proprie attività produttive, ovvero, in alternativa, come un contratto di rete. In ogni caso, la NEA costituisce una concentrazione orizzontale tra imprese, un accordo restrittivo della concorrenza tra due o più imprese che mantengono comunque la propria soggettività giuridica.

La creazione della NEA ha comportato l'allocazione del mercato. Le imprese della NEA hanno suddiviso il mercato con lo scopo di assegnare ad ogni singolo mercato un solo vettore tra i due partecipanti della NEA. Uno dei due partecipanti, infatti, cedeva all'altro la totalità delle rotte nel mercato interessato, lasciando a quest'ultimo una posizione di sostanziale dominio nel mercato, non dovendosi confrontare in concorrenza con l'altro *partner* commerciale. Tale accordo aveva carattere reciproco e, pertanto, in taluni scali una delle due parti lasciava all'altro la totalità del mercato e, di converso, accadeva il contrario in altri scali. Come effetto collaterale, l'allocazione del mercato ha attenuato la capacità delle rotte degli Stati uniti nord-orientali. Tale effetto è dovuto al fatto che nei mercati considerati, la mancanza di una delle imprese della NEA ha di fatto ridotto la capacità complessiva degli aeroporti.

Peraltro, tali effetti si sono rivolti negativamente nei confronti di JetBlue. Per JetBlue, la NEA ha comportato un aumento dei costi e una riduzione delle possibilità di accedere a nuovi mercati. Tali effetti hanno diminuito la capacità di JetBlue di comportarsi come una "*disruptive firm*". La NEA, tuttavia, aveva impostato delle politiche comuni finalizzate a privare JetBlue del suo ruolo "*dirompente*"; la situazione descritta era stata determinata dall'assenza di una continua concorrenza tra le due imprese, le quali hanno agito come un unico soggetto all'interno del mercato di riferimento. La sentenza ha accertato, come già effettuato dalla sentenza di primo grado, che l'effetto anticoncorrenziale non fosse circoscritto alla concorrenza tra le due imprese (c.d. concorrenza *end to end*), ma che fosse estesa in modo generalizzato a tutto il mercato. Ciò ha altresì ridotto la qualità dei servizi di JetBlue, aumentando, peraltro, ulteriori effetti negativi: è stato, ad esempio, ravvisato un incremento significativo dell'*overbooking*.

Per imputare la responsabilità conseguente la violazione del diritto antitrust, la Corte ha accertato che gli attori hanno soddisfatto l'onere della prova degli effetti concorrenziali negativi della NEA, nel rispetto del criterio della *rule of reason*. In particolare, agli attori spettava l'onere di provare

che la intesa restrittiva producesse effetti anticoncorrenziali negativi irragionevoli; dall'altro lato, i convenuti dovevano provare l'esistenza di effetti concorrenziali positivi, ovvero che gli effetti anticompetitivi fossero ragionevoli. Nella specie, gli attori sono riusciti a dimostrare che gli effetti e l'efficienza procompetitiva fosse ragionevolmente raggiungibile con mezzi meno restrittivi della concorrenza. In particolare, nel bilanciamento tra gli effetti negativi e quelli positivi per la concorrenza, si è provato che i primi superassero e prevalessero sui secondi. La Corte ha così accertato che la NEA avesse danneggiato la concorrenza. I danni alla concorrenza sono stati ravvisati innanzitutto con la eliminazione della concorrenza diretta tra American Airlines e JetBlue: la Corte ha affermato come la NEA operasse come una unica compagnia aerea nel mercato degli Stati Uniti nord-orientali; in secondo luogo, la NEA ha indebolito il ruolo dirompente di JetBlue nel mercato. Infine, il mercato è stato allocato tra le due imprese partecipanti alla NEA, esercitando, in tal modo, un potere di mercato illegittimo. Il potere di mercato è stato esaminato nell'ottica del mercato rilevante accertato dalla Corte: sotto il profilo del prodotto, lo stesso coincide con il servizio aereo passeggeri di linea; sotto il profilo geografico, il mercato rilevante è stato individuato nelle rotte tra New York e Boston. L'esercizio di tale potere di mercato ha determinato delle forti barriere all'ingresso nei mercati di riferimento, atteso che la NEA deteneva una quota di mercato dominante. La quota detenuta era così alta da scoraggiare l'entrata nel mercato da parte di altre imprese. La presenza negli scali degli Stati Uniti nord-orientali, infatti, ha determinato una situazione di sostanziale scarsità di gates e slots in tali aeroporti, impedendo ad altre imprese di potersi interfacciare nel mercato. Tale situazione determinava una significativa influenza dei prezzi, visto anche l'indebolimento del ruolo dirompente di JetBlue. In tal modo, la NEA ha potuto esercitare un potere di mercato, con l'effetto di fissare il prezzo e la produzione. Peraltro, per effetto della già citata riduzione della capacità degli aeroporti, l'alleanza ha altresì determinato una riduzione complessiva della produzione. La NEA, quindi, ha cagionato un grave danno alla concorrenza e agli interessi dei consumatori e degli utenti finali del servizio. Del resto, in giudizio è stato dimostrato che la compartecipazione agli utili, da parte di entrambe le imprese dell'alleanza, spingeva le stesse ad incrementare i prezzi del servizio.

Pertanto, dato che gli attori hanno positivamente soddisfatto il proprio onere probatorio, spettava ai convenuti dimostrare l'esistenza di effetti benefici per la concorrenza. Le difese dei convenuti non sono state ritenute convincenti. In primo luogo, sulla base delle risultanze fattuali, la Corte ha rigettato la tesi dei convenuti, secondo cui la NEA avrebbe massimizzato le utilità dei consumatori. Dal compendio probatorio è emerso che lo scopo sottostante alla NEA fosse anticoncorrenziale. La Corte ha confutato le ricostruzioni dei convenuti, ritenendo che la NEA avesse provocato dei seri danni alla concorrenza. La Corte ha affermato che la NEA non avesse elementi innovativi per i passeggeri, posto che, in ogni caso, l'oggetto del trasporto veniva eseguito senza innovare l'erogazione del trasporto. In tal senso, pertanto, la NEA non ha rivoluzionato in alcun modo il servizio. Né la NEA ha incrementato la propria attrattività e fidelizzazione nei confronti degli utenti finali del servizio. La NEA ha avuto, come principale effetto, quello di rendere più economicamente potenti le imprese partecipanti all'alleanza, esercitando un potere di mercato



significativo. Allo stesso modo, sia la Corte distrettuale, che la Corte in appello, hanno rigettato l'idea che la NEA abbia incrementato la capacità degli aeroporti degli Stati Uniti nord-orientali. Invero, come era stato già detto in precedenza, la NEA aveva diminuito tale capacità per effetto della eliminazione, in determinati scali, di una delle due compagnie della NEA. Sotto tale profilo, i giudici hanno accertato come la capacità di taluni scali fosse stata artificialmente incrementata, attraverso il trasferimento di velivoli della NEA da uno scalo all'altro. I convenuti hanno dichiarato che la NEA avrebbe allargato le proprie flotte, producendo un effetto benefico per la concorrenza, dato dall'acquisto di nuovi beni. Tuttavia, è stato provato che un simile effetto era stato programmato prima della costituzione della alleanza, sicché solo parzialmente la NEA aveva contribuito all'allargamento delle flotte. Inoltre, l'incremento del mercato degli Stati Uniti nord-orientali, vantato dai partecipanti alla NEA, non dipendeva tanto dalla presenza della NEA, quanto da altri fattori, già presenti prima della NEA. Infine, le imprese convenute hanno detto che la NEA avrebbe indotto nuove rotte aeree, ma tale elemento non è stato sufficientemente provato.

#### *4.1. Il modello di alleanza tra vettori aerei ritenuto legittimo dalla Corte*

La NEA, dunque, è stata giudicata come una intesa restrittiva della concorrenza illecita, in quanto determinante una serie di effetti negativi per la concorrenza. In proposito, la Corte, nel motivare la propria decisione, ha individuato un modello di alleanza meno restrittivo della concorrenza, che le parti avrebbero potuto impiegare per evitare di porre in essere una intesa non consentita. Il modello di alleanza rinvenuto è quello della "West Coast International Alliance", tra American Airlines e Alaska Airlines. Tale alleanza prevedeva accordi di *code sharing*, reciproci accessi ai programmi di *frequent flyers* ed una compartecipazione agli utili più limitata, non prevedendo una allocazione del mercato e, in definitiva, il permanere del regime di concorrenza. Le imprese convenute avrebbero potuto utilizzare il modello descritto per evitare di incorrere in una intesa restrittiva illecita.

L'allocazione del mercato prevedeva una distribuzione delle rotte disponibili attraverso la divisione del mercato rilevante mediante l'assegnazione, a ciascun membro dell'alleanza, di un preciso scalo aeroportuale. All'interno di ciascuno scalo, assegnato pattiziamente ad uno dei vettori, l'altro si ritirava, lasciando all'altro la possibilità di condurre la propria attività indisturbato, senza la presenza ingombrante dell'alleato, ma al contempo *competitor*, della alleanza.

In verità, secondo quanto risulta provato, in origine le parti avrebbero voluto creare una alleanza che fosse simile alla West Coast International Alliance, prevedendo delle modalità analoghe e con scopi affini. Tuttavia, le parti hanno poi deciso di creare una alleanza molto più dannosa per la concorrenza.

#### 4.2. La tutela dei consumatori

Gli attori hanno provato che attraverso la NEA i partecipanti alla alleanza hanno aumentato i prezzi generali nel mercato. Infatti, la partecipazione congiunta agli utili, permetteva alle due imprese di coprire le perdite comuni mediante l'aumento del prezzo. Di contro, i partecipanti alla NEA non sono riusciti a provare che gli effetti sul prezzo e sulla produzione non fossero pregiudizi alla concorrenza, atteso che le prove dimostrano il contrario.

Attraverso l'esame delle evidenze probatorie è stato provato che la condotta dei convenuti fosse pregiudizievole per la concorrenza. I convenuti hanno accusato che l'accertamento della Corte distrettuale fosse avvenuto attraverso il criterio del c.d. *quick look*, in base alla quale determinate condotte possono risultare agevolmente contrarie alla concorrenza<sup>27</sup>. Tale criterio si distingue dalla "*per se unlawful*", in base alla quale determinate condotte sono automaticamente contrarie alla concorrenza, ma anche dal criterio della *rule of reason*, che presuppone un accertamento pieno e complesso con elevato grado di certezza. Il *quick look*, dunque, è un criterio intermedio tra la *rule of reason* e la *per se unlawful*<sup>28</sup>, in quanto non si limita a censurare automaticamente determinate condotte, ma sanziona dei comportamenti che *prima facie*, all'esito di un accertamento sommario, possano risultare contrastanti con la tutela della concorrenza.

Pertanto, attraverso l'utilizzo del criterio *quick look*<sup>29</sup>, si vuol contestare la pienezza dell'istruttoria del procedimento, inducendo così il giudice di appello a considerare come insufficienti le prove prodotte dagli attori. Sul punto, la Corte ha dichiarato come il giudice di prime cure non avesse applicato la regola del *quick look*, troncando così l'istruttoria del procedimento, ma ha proceduto ad analizzare la fattispecie secondo la pienezza della regola della *rule of reason*: il giudice di primo grado, difatti, ha identificato il prodotto e l'area geografica dei rilevanti mercati, ha riscontrato l'esistenza del potere di mercato, ha accertato un danno anticoncorrenziale sulla base di prove sia dirette che indirette, ha esaminato con attenzione le giustificazioni dei convenuti, ha effettuato accertamenti concreti su alternative meno restrittive<sup>30</sup>.

La Corte ricorda che, secondo la giurisprudenza<sup>31</sup>, la prova della responsabilità in materia antitrust può essere assolta da una condotta automaticamente illecita (c.d. *unlawful purpose*), ovvero anche in presenza di effetti anticoncorrenziali creati dal comportamento tenuto dalle parti. Allo

27. Per un approfondimento, vedi J. BERMAN, *The Failure of "Quick-Look" Analyses of Antitrust Claims*, in *American University Business Law Review*, 4(2), 2015, p. 297-331.

28. Cfr. M. R. SHULMAN, *The quick look rule of reason: retreat from binary antitrust analysis*, in *The Sedona Conference Journal*, 2, 2001, p. 89.

29. Cfr. A. J. MEESE, *Against The Sliding Scale*, in *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 173 (1), 2025.

30. Cfr. A. L. WICKELGREN, *Determining the Optimal Antitrust Standard: How to Think About Per Se Versus Rule of Reason*, in *S. Cal. L. Rev. Postscript*, Vol. 85 (PS 52), 2012, spec. p. 53 ss., sull'inadeguatezza, nei casi più complessi, del criterio del "*per se unlawful*".

31. Cfr. Bd. Of Trade of City of Chi. Vs United States, 1918.

stesso modo, la Corte ricorda che è irrilevante che le parti siano animate da buone intenzioni, risultando unicamente rilevante il risultato concretamente prodotto<sup>32</sup>.

Pertanto, all'esito di tale accertamento, la Corte ha affermato come gli effetti sul prezzo e sulla produzione fossero nocivi per la concorrenza. Oltre al criterio *quick look*, la Corte ha impiegato il criterio del *per se unlawful* per accertare la contrarietà della alleanza alla normativa vigente in materia concorrenziale. In particolare, la Corte ha dichiarato come l'allocazione del mercato e la divisione degli utili fossero condotte automaticamente contrastanti con la concorrenza<sup>33</sup>. I convenuti hanno cercato di dimostrare che, anche durante la NEA, ciascun vettore ha continuato a fissare autonomamente i prezzi. Invero, dalle prove raccolte è emerso il contrario: attraverso il criterio della *rule of reason*, in particolare, è risultato come le politiche di prezzo non fossero determinate autonomamente da ciascuna società, bensì dall'alleanza stessa. L'eliminazione della reciproca concorrenza è stata giudicata come il più significativo effetto anticoncorrenziale secondo la Corte, citando, a tal proposito, la Corte Suprema degli Stati Uniti nel caso *Lexington Bank* (1964). Sotto il profilo probatorio, l'attore assolve all'onere probatorio se dimostra la cessazione della concorrenza da parte dei convenuti<sup>34</sup>, spettando poi al convenuto dimostrare che l'intesa abbia prodotto effetti favorevoli alla concorrenza ed ai consumatori. Allo stesso modo, i convenuti non sono riusciti a dimostrare alcun effetto benefico per la concorrenza. Dalle risultanze istruttorie è stato provato che la NEA avesse la capacità di fissare la quantità dei voli, mediante l'allocazione dei voli, il potere di determinare i prezzi e di dividere gli utili tra i partecipanti. Tali effetti non solo hanno diminuito e scoraggiato la concorrenza all'interno degli aeroporti degli Stati Uniti nord-orientali, ma hanno insoddisfatto la domanda dei consumatori. La NEA, infatti, non ha previsto alcun effetto innovativo rispetto i consumatori, comportando una ordinaria e normale esecuzione del servizio del trasporto aereo, senza prevedere vantaggi di sorta per i consumatori. Inoltre, non solo le modalità di prestazione del servizio aereo non sono mutate, ma i prezzi erano destinati ad aumentare, anche per effetto del depotenziamento del ruolo "dirompente" di JetBlue, quale impresa a prezzi *low cost* che avrebbe dovuto indurre a ridurre il prezzo globale del servizio.

Nel dettaglio, la Corte afferma che la NEA ha ridotto concretamente le scelte dei consumatori, in ragione della allocazione degli *slots*, limitando così le scelte disponibili per i consumatori. Tale effetto ha comportato una indebita interferenza con le scelte dei consumatori, cagionando così un rilevante pregiudizio alla concorrenza e agli utenti<sup>35</sup>. Egualmente, la NEA ha ridotto la produzione complessiva nel mercato di riferimento, diminuendo gli *slots* e le rotte negli scali aeroportuali considerati: in particolare, secondo gli accordi dell'alleanza, nei vari scali interessati, uno dei due vettori si ritirava in uno specifico scalo, lasciando all'altro la possibilità di operare senza

32. *Ibidem*.

33. Cfr. *Palmer vs BRG of Georgia, Inc.*, 1990, *Citizen Pub. Co. vs United States*, 1969.

34. Cfr. Corte Suprema degli Stati Uniti *United States vs Rockford Mem'l Corp.*

35. Cfr. *Glen Holly Ent., Inc. vs Tektronix, Inc.*, 2003, *United States vs Dentsply Int'l, Inc.*, 2005.

la presenza dell'alleato; lo schema descritto operava reciprocamente e, quindi, ove non era presente JetBlue, rimaneva American Airlines e viceversa. In tal modo, la Corte ha dichiarato che un simile meccanismo avesse ridotto la produzione complessiva nel mercato di riferimento, atteso che l'assenza di una delle due compagnie determinava una diminuzione dei voli disponibili all'interno del mercato globalmente considerato. E tale riduzione si rifletteva anche nelle scelte dei consumatori, fattualmente ridotte per effetto della mancanza di uno dei due vettori negli scali ove operava l'altro.

#### 4.3. Il danno alla concorrenza ed al mercato

La sussistenza dei danni al mercato è stata provata sia direttamente, attraverso le risultanze probatorie raccolte nei due gradi di giudizio, sia indirettamente, mediante la dimostrazione dell'esercizio di un vero e proprio potere di mercato. Il potere di mercato, come già detto, è l'attitudine di taluni operatori economici di influenzare il mercato, ad esempio fissando direttamente il prezzo e a provocare altri effetti rilevanti, quale, ad esempio, la realizzazione di barriere all'ingresso. L'esistenza del potere di mercato viene valutato secondo il criterio della *rule of reason*: il potere di mercato provoca con palmare evidenza il danno concorrenziale al mercato.

Ebbene, gli attori hanno dimostrato come il potere di mercato sia stato esercitato dalla NEA e dai suoi componenti. L'approccio probatorio degli attori non si è limitato a dimostrare l'esistenza di un potere di mercato, ma ha altresì compreso la dimostrazione della potenzialità anticoncorrenziale del contengo dei componenti della NEA. L'onere probatorio, quindi, è stato soddisfatto con un approccio indiretto, il quale, valutato alla luce della *rule of reason*, ha condotto a provare come la NEA producesse effetti distorsivi per la concorrenza. La Corte ha affermato che un simile approccio fosse corretto rispetto alla giurisprudenza in materia antitrust<sup>36</sup>.

Secondo la Corte, il potere di mercato può essere dimostrato attraverso due criteri alternativi. Un primo criterio si fonda sulla dimostrazione di due elementi essenziali<sup>37</sup>:

- una sufficiente percentuale della quota di mercato rilevante;
- l'esistenza di barriere all'ingresso nel mercato.

In alternativa, il potere di mercato può essere dimostrato laddove un operatore economico sia in grado di influire sulla formazione del prezzo, ovvero di escludere altri operatori dal mercato<sup>38</sup>. Nel caso di specie, la complessiva condotta della NEA ha comportato l'esercizio del potere di mercato, accertato attraverso entrambi i criteri summenzionati. Quindi, l'esercizio del potere di mercato avveniva attraverso un controllo diretto del mercato, esercitato con la titolarità di una rilevante quota di mercato, capace di incidere sulla formazione del prezzo, determinando barriere all'ingresso.

36. Cfr. *Addamax Corp vs Open Software Found, Inc.*, 1998, *Realcomp II, Ltd. Vs FTC*, 2011.

37. Cfr. *E. Food Servs., Inc. vs Pontifical Cath. Univ. Servs. Ass'n, Inc.*, 2004.

38. Cfr. *United States vs Visa U.S.A., Inc.*, 2003.

#### 4.4. Le carenze probatorie dei convenuti

I convenuti non sono riusciti a fornire la prova contraria avverso alle prospettazioni degli attori. In particolare, i convenuti dovevano provare l'esistenza di effetti benefici per la concorrenza e per i consumatori.

In merito, American Airlines non è riuscita a disattendere le risultanze probatorie del processo di primo grado concernenti la quota di mercato detenuta, così come l'esistenza di barriere all'ingresso nel mercato: per entrambi i criteri ne è stata dimostrata la sussistenza, provando, quindi, come la NEA abbia significativamente determinato un pregiudizio alla concorrenza. Per quanto riguarda la quota di mercato, è stato dimostrato che la NEA avesse una quota di mercato che superasse la soglia minima imposta per valutare l'esistenza del potere di mercato<sup>39</sup>. La Corte distrettuale ha altresì provato che le limitazioni imposte dalla NEA agli *slots* e ai *gates* impedisse agli altri vettori di poter entrare nel mercato. Allo stesso modo, i vettori della NEA erano in grado di determinare la formazione del prezzo finale del mercato. In definitiva, nel giudizio di appello in commento, è stato affermato che il giudice di prime cure fosse riuscito a provare l'esercizio del potere di mercato attraverso entrambi i criteri delineati dalla giurisprudenza.

American Airlines, inoltre, ha affermato che in primo grado il giudice avrebbe omissso di individuare concretamente la prova del danno alla concorrenza. Secondo le prospettazioni dei convenuti, infatti, l'unico modo di provare il danno alla concorrenza era provare effettivamente l'aumento di prezzo, ovvero la riduzione della produzione. La Corte confuta le argomentazioni dei convenuti, ritenendo che fossero provati entrambi gli effetti anticoncorrenziali. Con l'utilizzo della *rule of reason*, gli effetti anticoncorrenziali accertabili non sono solo quelli della limitazione della produzione e dell'aumento del prezzo, ma ne possono essere individuati una molteplicità di altri. La Corte afferma che, attraverso l'utilizzo della *rule of reason*, la giurisprudenza ha individuato una serie di effetti anticoncorrenziali diversi dal solo aumento del prezzo e della diminuzione della produzione. Ad esempio, la Corte ricorda come sia stata giudicata contraria alla concorrenza un accordo tra società e professionisti dentisti sulla fornitura di raggi X, anche in assenza di un aumento di prezzi, in quanto si trattava di una intesa fortemente restrittiva della concorrenza e sulla fornitura di tali beni<sup>40</sup>; allo stesso modo, è stata considerata contraria alla normativa concorrenziale la regola della *National Football League* (NFL) che proibiva la vendita al pubblico delle quote e delle azioni delle squadre della NFL, in quanto restrittiva delle scelte dei consumatori, anche in assenza di effetti sui prezzi<sup>41</sup>.

Pertanto, l'accertamento della illiceità di una intesa restrittiva della concorrenza non dipende esclusivamente dagli effetti sulla produzione e sul prezzo. Invero, la flessibilità della *rule of reason* permette di poter verificare la liceità di una intesa attraverso una molteplicità di criteri, senza il

39. Negli scali considerati, la quota di mercato variava dal 30 al 96% circa delle rotte.

40. Cfr. *FTC v. Indiana Fed'n of Dentists*, 1986.

41. Cfr. *Sullivan v. NFL*, 1994.

ricorso a meccanismi e schemi rigidi e formali, ma mediante un esame penetrante e funzionale ad accertare che le singole intese rispettino le condizioni dettate dalla normativa antitrust. Ed infatti, la Corte Suprema ha avuto modo di precisare che, sulla base del criterio della *rule of reason*, può risultare addirittura più significativamente dannoso per la concorrenza un accordo restrittivo che abbia determinato prezzi o livelli produttivi non rispondenti agli interessi dei consumatori, rispetto al semplice effetto di aumento dei prezzi o diminuzione della produzione<sup>42</sup>.

I convenuti, inoltre, hanno cercato di contestare il corredo probatorio degli attori, ritenendo che le prove fondate su un approccio empirico non fossero adeguate a dimostrare i presupposti per accertare la violazione della normativa antitrust. In merito, la Corte ha affermato che una simile ricostruzione risulta priva di pregio, poiché si scontra con la prassi e la giurisprudenza in materia. La Corte, sul punto, ha dichiarato come fosse eccessivamente difficoltoso, se non impossibile, accertare il danno alla concorrenza in modo assolutamente preciso: tale difficoltà è stata ravvisata nella possibilità di isolare gli effetti del mercato per esaminare il comportamento degli operatori economici circa l'andamento della produzione e del prezzo. Ad esempio un prezzo apparentemente costante nel tempo può mascherare un danno alla concorrenza, laddove la concorrenza avrebbe abbassato il prezzo considerato. Un simile dato è di difficile accertamento, se non attraverso criteri empirici, e si presta altresì ad alterazioni, proprio durante la pendenza di un procedimento giudiziario. Peraltro, nel caso specifico della NEA, mancano alcuni dati riferibili al periodo pandemico e post-pandemico, rendendo così arduo verificare in modo assolutamente preciso gli effetti sui prezzi e sulla produzione.

Pertanto, viste le prove a favore degli attori, i convenuti si sono trovati nella ardua posizione di dover provare effetti benefici alla concorrenza. Sotto tale profilo, i convenuti non sono riusciti a provare che vi fosse una diretta connessione tra le restrizioni pattuite con la NEA e la domanda dei consumatori. Inoltre, i convenuti non sono riusciti a provare che i nuovi voli e rotte programmate fossero efficienti e che non sarebbero stati istituiti anche in mancanza della NEA.

Inoltre, l'assenza di benefici concorrenziali è stata dimostrata anche attraverso la consulenza tecnica operata nel corso del giudizio. I convenuti hanno presentato una relazione nella quale vi era un raffronto comparativo tra in uno scenario in cui è presente la NEA ed uno scenario in cui essa è assente. Il consulente tecnico delle parti ha cercato di dimostrare effetti economici positivi, attraverso l'aumento del traffico generato nella simulazione in cui era presente la NEA, convertiti poi economicamente in dollari. Tale consulenza, tuttavia, è stata giudicata inaffidabile e sostanzialmente irrealizzabile, in quanto lo scenario senza NEA tiene conto dei dati antecedenti alla NEA stessa, senza, dunque, considerare gli elementi economici che si sarebbero potuti generare, come ad esempio l'aumento della flotta, già programmato prima della istituzione della NEA. La Corte ha disatteso le prospettazioni dei convenuti, ritenendo che la NEA non avesse provocato alcun effetto concorrenziale positivo. A tal proposito, la Corte ha preso a riferimento i seguenti elementi e criteri:

42. Cfr. *NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma*, 1984.



1. inattendibilità del consulente: il consulente tecnico di parte avrebbe già collaborato con le imprese facenti parte della NEA e, pertanto, non è stato considerato affidabile nella redazione della propria consulenza. A tal fine, si è ritenuto che la consulenza dei convenuti si basava sull'idea che il settore del trasporto aereo sarebbe tornato nelle condizioni economiche pre-pandemiche, circostanza disattesa dalla Corte distrettuale di primo grado;
  2. capacità di volo: i convenuti hanno dichiarato che avrebbero soddisfatto il loro onere probatorio, dimostrando le differenze di capacità prima e dopo la costituzione della alleanza: secondo i convenuti, la NEA avrebbe incrementato la capacità delle compagnie aeree interessate. Tuttavia, la Corte ha ritenuto non provata una simile correlazione, tra l'incremento della capacità e l'esistenza della NEA. Il mero fatto che tra il 2021 ed il 2022 sia aumentato il traffico e la capacità aerea non è dimostrato che esso sia dipeso dalla presenza della NEA, poiché tale effetto si sarebbe verosimilmente verificato in virtù della ripresa della industria aeronautica, successivamente al termine dell'emergenza pandemica.
  3. flotte: la Corte ha ritenuto che la NEA non avesse provocato un aumento delle rispettive flotte. La crescita delle flotte dei partecipanti, prospettata dai convenuti, non è stata provata come effetto conseguente e correlato alla istituzione della NEA; infatti, tale allargamento risultava programmato già prima della costituzione della NEA. Peraltro, sembrerebbe che, per modificare artificialmente i dati a proprio favore, i convenuti avrebbero spostato degli aeromobili nelle rotte e negli scali degli Stati uniti nord-orientali, al fine di provare la esistenza di effetti economici positivi creati dalla NEA. Parimenti, le cessioni di aeromobili effettuate durante la pendenza del procedimento giudiziario, sono state ritenute artificiose, finalizzate a far ridurre e limitare l'effetto anticoncorrenziale dell'intesa. Allo stesso modo, la Corte distrettuale ha ravvisato che una modalità meno restrittiva della NEA avrebbe potuto garantire un effettivo aumento della capacità dei convenuti e, in generale, del mercato, poiché sarebbero stati sterilizzati gli effetti restrittivi provocati dalla NEA;
  4. rotte: la Corte ha dichiarato che i convenuti non hanno dimostrato che le nuove rotte dipendessero dalla costituzione della NEA, ma, anzi, anche in questo caso parrebbe che l'istituzione delle nuove rotte fosse già programmata da tempo;
  5. ottimizzazione dei voli di linea e del *network*: la Corte ha rigettato l'idea secondo cui la NEA avesse incrementato ed ottimizzato i voli di linea, posto che l'allocazione del mercato non era in grado di produrre un simile effetto. In particolare, è stato provato che la suddivisione del mercato tra i partecipanti alla NEA non fosse in grado di promuovere l'offerta di voli competitivi e che, in sostanza, la NEA non abbia rivoluzionato l'offerta del servizio;
  6. benefici per i programmi di *frequent flyer*: infine, la Corte ha rilevato come la NEA non avesse prodotto alcun beneficio per i titolari di programmi *frequent flyer*. Tale assenza costituisce un'altra prova dell'assenza di effetti positivi per i consumatori e gli utenti finali del servizio.
- Invece, la simulazione del consulente tecnico d'ufficio<sup>43</sup> ha riscontrato una serie di pregiudizi alla concorrenza e al mercato, come si vedrà nel prosieguo della trattazione.

43. Si fa riferimento al Dott. Miller, il consulente tecnico del procedimento.

Infine, la Corte ha rigettato la tesi secondo cui l'alleanza avrebbe permesso alle imprese partecipanti di spiegare un potenziale concorrenziale in altre aree geografiche, diverse dal mercato di riferimento. In effetti, non è possibile giustificare le restrizioni concorrenziali attraverso potenziali effetti concorrenziali in altre aree, laddove sia pregiudicata la concorrenza in uno dei mercati rilevanti in cui la restrizione opera. In altri termini, non è possibile giustificare restrizioni in determinati mercati rilevanti, laddove si incrementi la capacità concorrenziale in altri mercati rilevanti.

#### 4.5. *Le potenziali minacce alla concorrenza*

La Corte ha, inoltre, rilevato come gli attori fossero riusciti a soddisfare un ulteriore criterio riferibile all'approccio probatorio indiretto. In particolare, attraverso l'approccio indiretto, gli attori sono riusciti a provare che la NEA avesse prodotto non solo danni concreti alla concorrenza, ma anche minacce virtuali alla stessa<sup>44</sup>. In primo luogo, la Corte ha ricordato come taluni pregiudizi alla concorrenza, quali la eliminazione reciproca alla concorrenza, l'indebolimento del ruolo di JetBlue e l'allocatione del mercato, avessero prodotto la riduzione complessiva della produzione e l'aumento del prezzo globale. In aggiunta a tali effetti, se ne sarebbero prodotti degli ulteriori. Il ridimensionamento della funzione svolta da JetBlue, ad esempio, avrebbe ridotto ulteriormente la concorrenza tra le imprese e determinato una ulteriore crescita del prezzo. La pressione sul prezzo, ovviamente in aumento, sembrerebbe essere stata provata dalle risultanze probatorie acquisite; in particolare, un simile effetto sarebbe destinato ad essere incrementato se la NEA non fosse stata sanzionata. Questa tendenza allo incremento del prezzo, inoltre, era dovuta altresì dalla compartecipazione agli utili. La tendenza all'aumento del prezzo è dimostrata dalla circostanza che la convenienza all'aumento del prezzo è sorta solamente per effetto delle politiche congiunte comuni da parte dei partecipanti alla NEA. Precedentemente, infatti, non v'era convenienza ad attuare politiche di aumento di prezzo, attuabili solo da American Airlines, atteso che JetBlue operava in modo tale da poter solamente produrre un effetto di riduzione complessiva del prezzo. In ogni caso, per American Airlines non sarebbe stato conveniente aumentare il prezzo, in quanto, in virtù del ruolo "dirompente" di JetBlue, American Airlines avrebbe verosimilmente diminuito le vendite totali, posto che, presenza di un aumento di prezzo alle condizioni precedenti alla NEA, la domanda si sarebbe probabilmente rivolta verso altri operatori del settore. A differenza della consulenza tecnica presentata dai convenuti, la consulenza tecnica d'ufficio ha dimostrato una serie di danni alla concorrenza, al mercato e ai consumatori. Il consulente d'ufficio ha ipotizzato che l'aumento tendenziale di prezzo potesse produrre un danno complessivo di almeno 627 milioni di dollari. Il consulente tecnico ha dimostrato che la NEA ha complessivamente aumentato la crescita del prezzo, a danno dei consumatori finali del servizio. Inoltre, la NEA ha rafforzato le barriere all'ingresso nel mercato, rendendo più difficile la possibilità per gli

44. In particolare, la Corte parla di "*threatened effects*".

operatori di poter accedere agli scali aeroportuali degli Stati uniti nord-orientali; di conseguenza, la condotta della NEA ha arrecato un grave nocumento alla possibilità di accedere al mercato, producendo l'effetto limitante di ridurre la trasferibilità degli *slots* agli altri vettori concorrenti.

#### 4.6. La NEA quale joint venture

Una delle difese avanzate dai membri della NEA era quella secondo cui l'alleanza fosse qualificabile come una "*joint venture*". In tal modo, secondo le difese dei convenuti, si sarebbe spiegato la riduzione della competitività tra le due imprese partecipanti alla NEA e la relativa compartecipazione agli utili. La qualità di *joint venture*, secondo i convenuti, escluderebbe l'illiceità della propria attività, posto che è nella natura delle *joint venture* ridurre la concorrenza reciproca tra le imprese ivi partecipanti.

La Corte ha dichiarato, ciò nonostante, che la mera denominazione della NEA quale "*joint venture*" non esimeva la stessa dal rispetto della normativa antitrust. Innanzitutto, alle *joint venture* non si applica un regime normativo differenziato, essendo anch'esse assoggettate alla disciplina sul rispetto della concorrenza. La Corte ricorda che le *joint venture* non sono automaticamente lecite<sup>45</sup>, ma, anzi, vanno analizzati con attenzione con il criterio della *rule of reason*. A tal proposito, la Corte afferma che l'interpretazione dello *Sherman Act* conduce a ritenere vigente il principio della prevalenza della sostanza sulla forma, dovendo così valutare concretamente ciascun accordo tra imprese, al fine di verificare che la denominazione formale dell'accordo non si traduca in una intesa restrittiva vietata e che sia funzionale a creare effetti distorsivi della concorrenza. Inoltre, si rammenta l'orientamento pretorio secondo cui la buona fede non esclude la responsabilità delle imprese che abbiano posto in essere comportamenti che abbiano prodotto effetti negativi sulla concorrenza. La Corte precisa che gli effetti anticoncorrenziali non sono di certo impediti dalla mera presenza di una *joint venture*, la quale deve essere oggetto di attenta analisi da parte degli organi giudiziari. Invero, ogni accordo orizzontale tra soggetti anche solo potenzialmente concorrenti è intrinsecamente portatore del rischio di creare effetti nocivi per la concorrenza<sup>46</sup>. Pertanto, gli accordi che pongano limitazioni alla concorrenza, lungi dal considerare esistente una presunzione di liceità, vanno valutati secondo i criteri scrupolosi della normativa e giurisprudenza antitrust. La Corte ricorda, tuttavia, che molte *joint venture* sono lecite in quanto prive di danni alla concorrenza e ai consumatori. Ma in quest'ultimo caso, precisa la Corte, le *joint venture* garantiscono la continuazione della concorrenza tra i partecipanti dell'accordo<sup>47</sup> e producono effetti benefici per la concorrenza, quali la riduzione del prezzo, l'aumento della produzione, l'innalzamento della qualità dei beni e dei servizi. Tali effetti non sono stati riscontrati nella NEA, la quale, invero, si è posta come un accordo del tutto restrittivo della concorrenza, per i motivi già

45. La Corte parla, al riguardo, precisa che le *joint venture* non sono di "*per se legal*".

46. Cfr. *Copperweld vs Independence Tube Corp*, 1984, *Constr. Aggregate Transp., Inc. vs Fla. Rock Indus, Inc.*, 1983.

47. Cfr. *SCFC ILC, Inc. vs Visa USA, Inc.*, 1994.

ampiamente descritti. L'esistenza di una rilevante quota di mercato in numerosi mercati rilevanti e l'eliminazione della concorrenza tra i partecipanti sono stati giudicati come effetti particolarmente dannosi sulla concorrenza, accertabile anche ad un sommario esame. In sostanza, la Corte ha dichiarato come la mera denominazione formale di joint venture non sia in grado di ergersi ad esimente degli effetti anticoncorrenziali prodotti dall'intesa restrittiva della concorrenza.

## 5. Un confronto tra il sistema antitrust Americano e quello Europeo

Il diritto antitrust, nato negli Stati Uniti sul finire del XIX secolo con l'emanazione dello Sherman Act nel 1890<sup>48</sup>, ha esercitato una profonda influenza sull'evoluzione delle normative a tutela della concorrenza a livello globale. L'Unione Europea, pur avendo recepito i principi cardine del sistema statunitense, presenta peculiarità che richiedono un'analisi comparativa accurata, essenziale per comprendere le sfide e le opportunità che le imprese affrontano in un contesto economico sempre più interconnesso.

Sia il sistema statunitense che quello europeo convergono nell'obiettivo primario di preservare la concorrenza, vietando condotte anticoncorrenziali che pregiudichino i consumatori e il corretto funzionamento del mercato. In particolare, entrambe le giurisdizioni sanzionano: a) Intese restrittive della concorrenza: accordi tra imprese volti a limitare la concorrenza, come la fissazione concordata dei prezzi o la ripartizione dei mercati. Tali intese, che ledono il libero gioco della domanda e dell'offerta, costituiscono una grave violazione del diritto antitrust in entrambi gli ordinamenti; b) Abusi di posizione dominante: condotte di imprese che, godendo di un significativo potere di mercato, ne abusano per danneggiare i concorrenti o i consumatori. Tra gli esempi di abuso di posizione dominante si annoverano i prezzi predatori, la discriminazione di prezzo e il rifiuto di fornire input essenziali; c) Concentrazioni: operazioni di fusione o acquisizione che riducono significativamente la concorrenza sul mercato. Le autorità garanti della concorrenza di entrambi i sistemi valutano attentamente le concentrazioni per scongiurare la creazione o il rafforzamento di posizioni dominanti che possano ledere i consumatori.

Nonostante queste convergenze di fondo, emergono significative divergenze tra i due sistemi, espressione di differenti tradizioni giuridiche, approcci economici e priorità politiche.

Una delle principali divergenze attiene alla disciplina dello scambio di informazioni tra imprese. Mentre negli Stati Uniti lo scambio di informazioni è illecito solo se strumentale a un accordo esplicito tra le imprese per coordinare le proprie azioni, in Europa è sufficiente che tale scambio riduca l'incertezza competitiva tra le imprese per integrarne la fattispecie di violazione. Questa differenza testimonia una maggiore sensibilità dell'Unione Europea verso il rischio che lo scambio di informazioni possa agevolare comportamenti collusivi, anche in assenza di un accordo formale.

48. Il quadro normativo americano è stato completato dal "Clayton Act" del 1914 e dal "Federal Trade Commission Act" del 1914 ai quali si sono aggiunti, nel corso degli anni, altri provvedimenti minori e le leggi dei singoli Stati.

Un'ulteriore divergenza riguarda l'enfasi posta sulla monopolizzazione. Lo Sherman Act statunitense pone un forte accento sulla "monopolizzazione o tentata monopolizzazione", prevedendo sanzioni severe, incluso lo smembramento di grandi gruppi, come avvenuto in passato per la Standard Oil e per AT&T. In Europa, l'abuso di posizione dominante è sanzionato con multe, che possono raggiungere importi considerevoli, ma non con lo scioglimento dell'impresa. Questa differenza riflette una diversa concezione del ruolo dello Stato nell'economia: negli Stati Uniti, lo Stato interviene in modo più incisivo per limitare il potere economico delle grandi imprese, mentre in Europa si predilige un approccio meno interventista.

I due sistemi si distinguono anche per l'approccio metodologico adottato nell'analisi delle condotte anticoncorrenziali. L'Europa adotta un approccio prevalentemente formalistico, incentrato sul rispetto delle regole e sulla verifica della conformità delle condotte alle norme antitrust. Gli Stati Uniti, invece, privilegiano un approccio effettista, concentrandosi sugli effetti concreti delle condotte anticoncorrenziali sui prezzi e sui consumatori. Questa differenza di approccio si manifesta, ad esempio, nella valutazione delle integrazioni verticali, che negli Stati Uniti sono spesso oggetto di maggiore *scrutiny* rispetto all'Europa, in quanto potenzialmente idonee a facilitare l'esercizio di un potere di mercato a danno dei consumatori.

Anche la disciplina delle deroghe al diritto antitrust differisce tra i due sistemi. L'Unione Europea prevede un sistema di deroghe più ampio rispetto agli Stati Uniti, consentendo esenzioni per accordi che promuovano il benessere dei consumatori, lo sviluppo tecnologico o attività di interesse economico generale. Negli Stati Uniti, le deroghe sono più limitate e settoriali, riguardando specifici ambiti come i media, le utilities e le banche. Questa differenza riflette diverse priorità politiche: in Europa, si tende a dare maggiore peso alla promozione di obiettivi di politica industriale o sociale, anche a scapito di una minore concorrenza in alcuni settori, mentre negli Stati Uniti si privilegia la tutela della concorrenza come principio cardine.

Infine, anche le procedure di applicazione del diritto antitrust presentano differenze significative. Negli Stati Uniti, le controversie antitrust sono devolute alla cognizione di un giudice, con la possibilità per cittadini, Stati o agenzie governative di agire in giudizio. In Europa, la Commissione Europea ha la competenza esclusiva ad avviare procedimenti antitrust e irrogare sanzioni. Questa differenza riflette una diversa concezione del ruolo delle istituzioni: negli Stati Uniti, si attribuisce maggiore importanza al ruolo del potere giudiziario nel garantire il rispetto delle leggi, mentre in Europa si affida alla Commissione Europea il compito di tutelare la concorrenza sul mercato. Le divergenze tra il sistema statunitense e quello europeo hanno importanti implicazioni pratiche per le imprese che operano su entrambi i mercati. Ad esempio, le integrazioni verticali, valutate con maggiore severità negli Stati Uniti, potrebbero essere più facilmente autorizzate in Europa. Analogamente, le imprese che si impegnano in scambi di informazioni dovranno adottare maggiori cautele in Europa, dove tale condotta è considerata più rischiosa.

La crescente globalizzazione dei mercati e la digitalizzazione dell'economia pongono nuove sfide per le autorità garanti della concorrenza di entrambi i sistemi. La cooperazione internazionale tra autorità antitrust è essenziale per garantire l'efficace applicazione delle norme a livello globale e per affrontare le sfide poste dai nuovi modelli di business e dalle nuove tecnologie.

In definitiva, il diritto antitrust statunitense ed europeo, pur condividendo principi fondamentali, presentano differenze significative che riflettono diverse tradizioni giuridiche, approcci economici e priorità politiche. Le imprese che operano a livello internazionale devono essere consapevoli di tali differenze per evitare di incorrere in sanzioni e massimizzare le opportunità offerte dai diversi mercati. L'analisi comparativa del diritto antitrust è un tema complesso e in continua evoluzione, che richiede un costante aggiornamento e una profonda comprensione dei diversi contesti giuridici ed economici.

## 6. Conclusioni

La sentenza analizzata costituisce una importante battuta di arresto per le alleanze tra vettori aerei.

La giurisprudenza americana è stata storicamente favorevole al tema delle alleanze tra vettori, in quanto finalizzata a rafforzare le imprese statunitensi in ambito internazionale. Parimenti, è visibile come un simile *favor* sia presente anche nella politica aerea europea, avente lo scopo di creazione di uno spazio aereo europeo nel quale porre in diretta concorrenza i vettori europei proprio con quelli statunitensi. In merito, la politica dell'UE, nel corso degli anni, è stata piuttosto favorevole alle alleanze, permettendo il consolidamento del trasporto aereo europeo, caratterizzato da una forte frammentazione<sup>49</sup>. Lo scopo è quello di creare un mercato unico che competa con i vettori dei Paesi terzi, in particolare proprio con quelli nordamericani<sup>50</sup>. È stato poi notato che se da un lato gli accordi orizzontali restringono la concorrenza, dall'altro, ciò nonostante, gli stessi possano favorire l'attivazione di nuovi servizi o vantaggi di costo che si riflettono in tariffe più basse<sup>51</sup>.

La dottrina economica ha evidenziato che le alleanze tra compagnie aeree apportano numerosi vantaggi economici ai vettori che ve ne fanno parte. Secondo gli studi economici<sup>52</sup>, le collaborazioni tra vettori possono portare la diminuzione del prezzo dei biglietti nei collegamenti tra diverse città, aumentare la capacità di carico degli aeromobili nei voli operati dalle alleanze, ridurre le spese di viaggio, l'effettuazione del servizio su aree e località meno remunerative (perché, ad es. periferiche), grazie ad un utilizzo più efficiente degli aeromobili ed altri vantaggi per il mercato e per i consumatori.

La stessa *Authority* per il mercato italiano ha affermato che le alleanze, nonostante la loro implicita restrittività, sono funzionali ad acuire le concentrazioni tra imprese, in ragione delle implicazioni dimensionali dell'industria a rete<sup>53</sup>.

49. Cfr. A. BATTISTEL, *La concorrenza in materia di trasporto aereo nei rapporti fra Unione europea e Stati terzi*, Padova, 2012, p. 88.

50. *Ibidem*.

51. Cfr. G. COLANGELO, *Gli accordi di codesharing*, in P. CENDON (a cura di), *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XVII, Torino, 2004, p. 3.

52. Cfr. ICAO, *Worldwide air transport conference (atconf) sixth meeting*, Montréal, 18-22 marzo 2013.

53. *Ibidem*.



Dunque, le stesse alleanze sono state spesso viste come un mezzo per il miglioramento della qualità del servizio, assolvendo, quindi, ad interessi pubblici di cui all'art. 101 TFUE, legittimandone così la formazione.

E tuttavia, nella sentenza analizzata, la Corte di appello del primo circuito degli Stati Uniti ha ravvisato la violazione delle norme fondamentali della concorrenza. La Corte, infatti, ha rintracciato nella NEA una intesa restrittiva della concorrenza, i cui effetti dannosi non erano giustificati da alcun interesse pubblico: nella NEA è stato individuato un modello di alleanza vietato, in quanto i partecipanti hanno totalmente eliminato la reciproca concorrenza, provocando così dei seri pregiudizi non solo alle altre imprese, ma anche ai consumatori. Nella fattispecie, è stato provato che l'alleanza avesse ridotto le capacità degli aeroporti degli Stati Uniti nord-orientali, riducendo le scelte a disposizione dei consumatori, aumentato il prezzo complessivo, abbassato la qualità del servizio e la produzione, introdotto delle barriere all'ingresso e, attraverso il ridimensionamento di JetBlue, eliminato quel ruolo "dirompente" ("*disruptive role*") esercitato da questi, in grado di diminuire il prezzo globale del servizio, di aumentarne il valore qualitativo e, più in generale, permettendo la dinamicità del mercato.

Secondo la Corte di appello, la NEA agiva quale unico operatore economico, riducendo così la capacità dei partecipanti a fungere da centro di imputazione decisionale nel mercato.

Al fine di valutare se anche dal punto di vista europea questo tipo di alleanza sarebbe stata ritenuta illegittima, può risultare utile ricostruire sinteticamente la natura giuridica della alleanza in questione, utilizzando le categorie dogmatiche del diritto europeo e/o italiano. Tale ricostruzione può risultare opportuna per indagare meglio le finalità e le modalità operative della NEA.

A più riprese, la Corte di appello ha parlato di "fusione" del conglomerato ("*merger*"), anche se tale ricostruzione non appare corretta e plausibile. Sotto il profilo societario, infatti, non risulta che fosse stato costituito un nuovo soggetto, né che una delle imprese avesse incorporato l'altra. Pertanto, sembra corretto ricercare altre forme giuridiche da associare alla NEA.

Innanzitutto, a parere di chi scrive, ferme restando le differenze tra i vari sistemi giuridici, dovrebbe escludersi la natura di *Gentlemen's Agreement*, poiché si tratterebbe di un accordo privo di alcuna validità giuridica, perché la NEA prevedeva un complesso ed articolato coordinamento comune delle rispettive politiche strategiche, inattuabile attraverso un accordo privo di validità giuridica. Il *Gentlemen's Agreement* non pare possa essere uno strumento idoneo a qualificare quello che è stato effettivamente la NEA, in virtù della necessità di una validità giuridica agli impegni presi, un *enforcement* giuridico capace di tutelare i rilevanti interessi sottesi alla NEA, soddisfacibili attraverso uno strumento giuridico capace di imprimere la forza cogente della legge. Pertanto, nella causa in concreto perseguita dalle parti, parrebbe emergere la esigenza di mantenere validità giuridica dell'accordo, al fine di tutelare efficacemente le proprie posizioni economiche, non potendosi negare giuridica validità alle pattuizioni relative alla NEA. Le stesse parti hanno qualificato l'accordo come *joint venture*, quindi attraverso un modello negoziale dotato di validità giuridica.

Una prima opzione interpretativa, rispetto il sistema giuridico italiano, potrebbe indurre ad ipotizzare che la NEA possa essere ricondotta al contratto di consorzio, previsto dall'art. 2602 c.c.

Come noto, il consorzio è una organizzazione comune, formata da più imprenditori, con lo scopo di svolgere determinate fasi delle proprie imprese. La giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che il consorzio non crea una nuova struttura giuridica assorbente le imprese partecipanti, bensì un semplice soggetto che preveda lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive attività<sup>54</sup>. Il consorzio, peraltro, può prevedere l'istituzione di strutture amministrative e produttive comuni, anche se, nel caso di specie, non sembra siano state istituite delle strutture comuni, ma un mero centro direzionale di coordinamento delle politiche comuni.

Pertanto, in virtù della assenza di strutture comuni, parrebbe più opportuno qualificare la NEA come un contratto di rete<sup>55</sup>. Come noto, il contratto di rete è finalizzato a coordinare le politiche commerciali tra più imprese, collaborando in comune in una o più attività inerenti le rispettive imprese. A differenza del consorzio, la rete non implica necessariamente la creazione di una organizzazione comune: ebbene, nel caso della NEA la stessa era sprovvista una organizzazione comune, se non di fatto, posto che la stessa si è manifestata con la definizione ed attuazione di precise politiche ed obiettivi strategici. Pertanto, ciò induce a ritenere che le imprese fossero associate in un complesso insieme di politiche coordinate, simile ad un contratto di rete.

La Corte di appello ha ricostruito l'illiceità attraverso l'utilizzo dei criteri previsti dalla giurisprudenza americana. La Corte ha accertato che l'eliminazione totale della concorrenza fosse ascrivibile ad una condotta di *"per se unlawful"*, automaticamente vietata dalla normativa concorrenziale, così come la compartecipazione agli utili in modo significativo e l'allocatione del mercato, mediante la suddivisione delle rotte e degli scali aeroportuali del mercato rilevante considerato. Alla Corte distrettuale era stato recriminato di aver condotto il proprio giudizio attraverso il criterio *"quick look"* (una specie di esame *prima facie*), quando, in realtà, la Corte di appello ha negato una

54. Cass. 6569/2020; Cass. 1636/2014.

55. Il 10 febbraio 2009 è stato introdotto nell'ordinamento italiano il contratto di rete di impresa, la cui disciplina oggi vigente è il risultato della seguente evoluzione legislativa: la norma è stata introdotta con l'art. 3, commi 4 ter e ss. del d.l. 10 febbraio 2009 n. 5, convertito dalla l. 9 aprile 2009 n. 33, modificata ed integrata con la l. 23 luglio 2009 n. 99 e con la l. 30 luglio 2010 n. 122, che ha convertito il d.l. 78/2010, nonché modificata in forza della l. 134/2012 (che ha convertito con modifiche il d.l. 83/2012) e del d.l. 179/2012, convertito con modifiche dalla l. 17 dicembre 2012 n. 221, in vigore dal 19 dicembre 2012. Nella versione attuale (art. 3, comma 4-ter, l. 33/2009 e successive modifiche sopra richiamate) è previsto: *"Con il contratto di rete più imprenditori perseguono lo scopo di accrescere, individualmente e collettivamente, la propria capacità innovativa e la propria competitività sul mercato e a tal fine si obbligano, sulla base di un programma comune di rete, a collaborare in forme e in ambiti pre-determinati attinenti all'esercizio delle proprie imprese ovvero a scambiarsi informazioni o prestazioni di natura industriale, commerciale, tecnica o tecnologica ovvero ancora ad esercitare in comune una o più attività rientranti nell'oggetto della propria impresa. Il contratto può anche prevedere l'istituzione di un fondo patrimoniale comune e la nomina di un organo comune incaricato di gestire, in nome e per conto dei partecipanti, l'esecuzione del contratto o di singole parti o fasi dello stesso. Il contratto di rete che prevede l'organo comune e il fondo patrimoniale non è dotato di soggettività giuridica, salva la facoltà di acquisto della stessa ai sensi del comma 4-quater ultima parte"*.

simile ricostruzione, affermando che l'accertamento operato dal giudice di primo grado non fosse carente di istruttoria. Infatti, la Corte di appello ha ritenuto che le statuizioni del giudice di primo grado fossero state condotte attraverso il pieno e rigoroso criterio “*rule of reason*”, dimostrando che la alleanza producesse effetti negativi e distorsivi per la concorrenza, per il mercato e per i consumatori. Tale criterio è stato impiegato per valutare se vi fosse una giustificazione agli effetti restrittivi della alleanza; lo scrutinio assolto con il criterio predetto ha dato esito negativo, da cui consegue la illiceità dell'accordo in commento.

Un passo rilevante della sentenza è quello dove viene affermata che non è importante che la intesa restrittiva fosse animata necessariamente da uno scopo anticoncorrenziale, risultando unicamente importante la produzione di effetti negativi per la concorrenza. In questo passo, dunque, sembrerebbe che venga affermata l'irrelevanza dell'elemento soggettivo nell'illecito antitrust e che, anche in caso di buona fede, non è esclusa la responsabilità delle imprese che abbiano posto in essere comportamenti che abbiano prodotto effetti negativi sulla concorrenza. Tale orientamento è confermato da una serie di precedenti giurisprudenziali<sup>56</sup>. Pertanto, si evince come la mera produzione di effetti contrari alla concorrenza comporti la responsabilità delle imprese che abbiano posto in essere contegni che siano risultati pregiudizievoli per la concorrenza.

In conclusione, può essere utile chiedersi se le autorità amministrative statunitensi avrebbero potuto ricondurre la fattispecie a liceità. Infatti, come detto in premessa, il Dipartimento dei trasporti americano avrebbe potuto rendere meno invasiva l'alleanza attraverso l'esercizio del potere di mitigare gli effetti della alleanza. Al Dipartimento dei Trasporti, infatti, compete l'esercizio del potere di esenzione sui singoli accordi restrittivi, potendo anche determinare che gli effetti restrittivi non si applichino in determinate circostanza. In particolare, ciò può avvenire attraverso l'imposizione di “tagli” agli effetti della alleanza, ad esempio applicando un regime pienamente concorrenziale in determinate rotte. Tale approccio poteva essere seguito dal Dipartimento dei Trasporti, rimodellando l'alleanza secondo schemi più adatti rispetto la normativa concorrenziale. In tal modo, si sarebbe potuto ridimensionare l'alleanza entro un modello più concorrenziale, come ad esempio la “*West Coast International Alliance*”, invocata dalla Corte distrettuale e dalla Corte di appello. O ancora, un'altra modalità di riconduzione a liceità avrebbe potuto essere rappresentata dalla cessione obbligatoria di alcuni *slots* da parte delle imprese partecipanti alla alleanza. Sul punto, preme osservare come in Europa un simile potere viene esercitato anche dalla Commissione europea, la quale, proprio in affinità con le modalità procedurali previste dal diritto statunitense, ha adottato un vero e proprio “*remedy approach*”<sup>57</sup>, attraverso una valutazione “caso

56. Si veda, ad esempio, il caso *Bd. Of Trade of City of Chi. Vs United States* (1918), della Corte Suprema.

57. Cfr. A. BATTISTEL, *La concorrenza in materia di trasporto aereo nei rapporti fra Unione europea e Stati terzi*, cit., p. 88, la quale cita tale espressione dai seguenti Autori: J. STRAGER, *Outlook of European Commission's Competition Policy and Enforcement Priorities in Air Transport*, in P.D. DAGTOGLOUS, S. UNGER, *European Air Law and Policy-Recent Developments*, The Hague, London, New York, 2003, p. 88 ss.; H. S. RUTGER JAN TOE LAER, *Kick-starting cross-border alliances: approval and clearance; the past, the present and the future*, in *Air & Space Law*, Vol. 32 (4-5), 2007, p. 304.

per caso”<sup>58</sup> delle intese, le quali, dunque, vanno esaminate con un metodo analitico fattuale e concreto, proprio come dovrebbe accadere con l’applicazione della *rule of reason*. In Europa, proprio la cessione di bande orarie rappresenta il principale criterio con il quale le alleanze sono state spesso ricondotte a modelli con un impatto restrittivo minore, di recente avvenuto con la nota fusione tra ITA Airways e Lufthansa.

In conclusione, l’effetto della pronuncia avrà verosimilmente un impatto rilevante sul mercato del trasporto aereo. Si vedrà se tale arresto giurisprudenziale influenzerà gli anni a venire circa il tema delle alleanze tra vettori aerei trasferendo i principi enunciati dall’ordinamento americano a quello europeo.

58. Si veda anche A. ADDESSI, *Concorrenza nel settore del trasporto aereo e dei servizi aeroportuali*, Tesi di Dottorato di Ricerca in Diritto e impresa (XXVIII ciclo), Luiss Guido Carli, Roma, 2017, p. 4.

## Il contratto di co-marketing promosso da più parti pubbliche: obbligazioni reciproche\*

Marco Di Giugno

Dirigente ENAC, Professore a contratto di Diritto della navigazione presso l'Università degli Studi di Salerno

### Abstract

*The co-marketing contract promoted by various public entities: mutual obligations.*

*The judgment in question reconstructs the contractual relationship that issued between the various territorial bodies involved in the operation to incentivize flights departing from Trapani-Birgi Airport. The Court, qualifying that relationship as a mandate contract granted to the Chamber of Commerce aimed at stipulating a co-marketing contract with Airport Marketing Services Limited, ascertained the failure of the Chamber of Commerce which did not give proof of the signing of the marketing contract and therefore declared that there is no payment obligation on the part of the Municipality of Pantelleria towards the Trapani Chamber of Commerce.*

-

*La sentenza in commento ricostruisce il rapporto contrattuale sorto tra i vari enti territoriali coinvolti nell'operazione di incentivazione di voli in partenza dall'Aeroporto di Trapani-Birgi. Il Tribunale, qualificando il rapporto insorto tra le parti in un contratto di mandato conferito alla Camera di Commercio volto alla stipula di un contratto di co-marketing con la Airport Marketing Services Limited, ha accertato l'inadempimento della Camera di Commercio che non ha dato prova dell'avvenuta sottoscrizione del contratto di marketing e per l'effetto ha dichiarato che non sussiste alcun obbligo di pagamento da parte del Comune di Pantelleria nei confronti della Camera di Commercio di Trapani.*

**Keywords:** *incentives; co-marketing contributions; breach of contract; mandate, Article 16 of Re-*

\* Sottoposto a referaggio.

*gional Law Sicily No. 10/1991, Article 22 of Regional Law Sicily 7/2019, Article 15 of Law No. 241/1990, Jurisdiction.*

*Parole chiave: incentivi; contributi co-marketing; inadempimento; mandato, art. 16 della L.R. Sicilia n. 10/1991, art. 22 della L.R. Sicilia 7/2019, art. 15 della l. n. 241 del 1990, Giurisdizione.*

**Sommario** – 1. Gli accordi previsti dall'art. 16 della L.R. Sicilia n. 10/1991 così come modificato dall'art. 22 della L.R. Sicilia 10/1991 (Art. 15 della L. 241/1990) – 1.1 *natura giuridica* – 1.2 *forma degli accordi* – 2. La competenza del Giudice Amministrativo nell'accertare l'inadempimento delle parti coinvolte: la sentenza del Tribunale di Trapani emessa a margine del procedimento R.G. 1698/2020 – 3. Il mandato a sottoscrivere un contratto di co-marketing – 4. l'accertamento dell'inadempimento da parte del Giudice Amministrativo: Sentenza TAR Palermo 2272 del 19 marzo 2024 – 5. Conclusioni.

### **1. Gli accordi previsti dall'art. 16 della L.R. Sicilia n. 10/1991 (Art. 15 della L. 241/1990) così come modificato dall'art. 22 della L.R. Sicilia 7/2019**

Il testo dell'articolo 16 della L.R. Sicilia n. 19/1991 è stato sostituito, senza apportare alcuna innovazione, salvo il rinvio al rispetto della normativa comunitaria, dall'art. 22 della L.R. Sicilia n. 7/2019.

Tali articoli hanno recepito nell'ordinamento della Regione Sicilia l'istituto degli Accordi tra Amministrazioni previsto dall'art. 15 della L. 241/90 e le successive modifiche ed integrazioni.

L'articolo 22 della L.R. 7/2019 prevede, in particolare, che le pubbliche amministrazioni possano concludere accordi tra loro per disciplinare lo svolgimento in collaborazione di attività di interesse comune, anche al di fuori dei casi previsti dalla legge. Questa disposizione si inserisce nel solco di una tendenza più ampia del diritto amministrativo, che vede negli accordi tra le amministrazioni uno strumento efficace per la cooperazione e il coordinamento tra enti pubblici.

#### *1.1 Natura giuridica*

La dottrina ha ampiamente dibattuto sulla natura giuridica di questi accordi<sup>1</sup>. Si tratta di contratti di diritto pubblico? Di atti amministrativi bilaterali? O di un *tertium genus*?

1. *Ex multis*: G. D. FALCON, *Le convenzioni pubblicistiche: ammissibilità e caratteri*, Milano, 1984; G. GRECO, *Accordi amministrativi tra provvedimento e contratto*, Torino, 2003; N. BASSI, *Accordi amministrativi verticali e orizzontali: la progressiva ibridazione dei modelli*, in M. CAMMELLI (a cura di), *Territorialità e delocalizzazione nel governo locale*, Bologna, 2007, p. 453 ss.; G. MANFREDI, *Accordi e azione amministrativa*, Torino, 2001. In giurisprudenza, da ultimo: Consiglio di Stato, sez. V, 3 maggio 2016 n. 1690; Consiglio di Stato, sez. III, 24 giugno 2014 n. 3194. A. DE MICHELE, *Modelli di collaborazione pubblico-pubblico*, in F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo: dinamiche e modelli di partenariato in base alle*



Secondo una parte della dottrina, gli accordi tra amministrazioni sono figure sui generis caratterizzate dalla specificità dei soggetti (pubbliche amministrazioni) e degli interessi (pubblici) coinvolti.

Altri autori li assimilano a contratti di diritto pubblico, sottolineando l'importanza del rispetto dei principi di legalità, trasparenza e buon andamento della pubblica amministrazione.

Procediamo con l'analisi dei principi applicabili. L'articolo 22 afferma, altresì, che agli accordi si applicano, ove non diversamente previsto, i principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti, in quanto compatibili.

La dottrina sottolinea che questa applicazione dei principi civilistici deve essere sempre mediata e temperata dai principi del diritto amministrativo, quali il principio di legalità, il principio di imparzialità, il principio di buon andamento e il principio di trasparenza.

In particolare, è fondamentale il rispetto delle norme sull'evidenza pubblica, per evitare che gli accordi tra amministrazioni siano utilizzati per eludere le procedure di gara e favorire soggetti privati.

## 1.2 Forma degli accordi

L'articolo 22 richiede la forma scritta a pena di nullità e la sottoscrizione con firma digitale, firma elettronica avanzata o altra firma elettronica qualificata.

La dottrina evidenzia l'importanza della forma scritta per garantire la certezza del diritto, la trasparenza e la tracciabilità degli accordi.

La firma digitale o elettronica qualificata, inoltre, assicura l'autenticità e l'integrità degli accordi, elementi essenziali in un contesto di digitalizzazione della pubblica amministrazione.

L'articolo 23 pone, altresì, dei limiti agli accordi tra amministrazioni, stabilendo che essi non possono violare i principi comunitari in materia di contrattualistica pubblica e le disposizioni contenute nell'articolo 7 del decreto legislativo 31 marzo 2023 n. 36 (Codice dei contratti pubblici).

La dottrina sottolinea che questo limite è fondamentale per evitare che gli accordi siano utilizzati per aggirare le norme sulla concorrenza e sulla trasparenza negli appalti pubblici.

Gli accordi devono quindi essere interpretati e applicati in linea con il diritto dell'Unione Europea e il diritto nazionale in materia di contratti pubblici.

*recenti riforme*, Torino, 2011, p. 699 ss. Per una ricostruzione della distinzione tra convenzioni tra enti pubblici e contratti di diritto privato. Cfr. anche: S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Contratti e accordi di diritto pubblico*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006; R. FERRARA, *Art. 15. Gli accordi fra le amministrazioni pubbliche*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2011; Id., voce *Intese, convenzioni e accordi amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, VIII, Torino, 1993, p. 543 ss., ove è discussa la possibilità di ricondurre le intese o le convenzioni concluse tra due o più soggetti pubblici alle differenti categorie del contratto di diritto comune e dell'accordo organizzativo di tipo procedimentale rapportando l'ordinamento giuridico italiano con le esperienze di common law; G. D. FALCON, voce *Convenzioni e accordi amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, IX, Roma, 1988.

È importante, sottolineare, inoltre, la necessità di coordinare l'articolo 23 con altre disposizioni del diritto amministrativo, come quelle relative alla competenza degli organi, alla responsabilità dei funzionari e al controllo sugli atti amministrativi. La dottrina invita a una lettura sistematica delle norme, per evitare interpretazioni isolate e garantire la coerenza complessiva dell'ordinamento amministrativo.

### **2. La competenza del Giudice Amministrativo nell'accertare l'inadempimento in un accordo tra amministrazioni: la sentenza del Tribunale di Trapani emessa a margine del procedimento R.G. 1698/2020**

Una delle questioni aperte rispetto l'esecuzione degli accordi tra amministrazioni è sicuramente l'individuazione della giurisdizione in caso di inadempimento di una delle parti.

Il Tribunale di Trapani ha avuto modo di affrontare il tema rispetto una controversia sul presunto inadempimento da parte del Comune di Pantelleria di un Accordo ex art. 16 L.R. 10/91, sottoscritto per lo svolgimento coordinato di attività finalizzate al supporto ai flussi turistici in ingresso sul territorio della provincia di Trapani, diretto a definire i ruoli e gli impegni giuridici dei soggetti pubblici firmatari in ordine ad una azione di co-marketing da realizzarsi mediante contratto da stipularsi con un vettore aereo. Il Tribunale osserva che *“la [...] controversia – solo prima facie attinente al mero versamento di ‘indennità, canoni ed altri corrispettivi’, di cui già all’art. 5, secondo comma, l. n. 1034 del 1971 e successive modifiche – è invece precluso dalla carenza di giurisdizione del giudice ordinario, involgendo profili di più ampia complessità e postulando uno scrutinio della correttezza delle scelte e delle direzioni in cui si è estrinsecata l’azione amministrativa in vista della sottoscrizione dell’accordo in questione”*.

L'oggetto dell'indagine del Tribunale è, pertanto, riferito all'accertamento dell'eventuale inadeguatezza della esecuzione di tale accordo, da valutarsi sulla base dei contenuti dell'accordo stesso e dunque anche sulle opzioni discrezionali che hanno condotto alla sua conclusione.

È necessaria, altresì, un'indagine sulla sua causa concreta, sul processo decisionale di scelta del contraente destinatario finale delle erogazioni pubbliche nonché sulla possibile generazione di vantaggi selettivi anticoncorrenziali nello spazio comunitario.

Tali ambiti di indagine, pertanto, sfuggono alle attribuzioni del Tribunale ordinario a vantaggio di quello amministrativo.

Osta infatti, innanzitutto, il dettato dell'art. 133 comma 1, lett. A) del c.p.a., la cui corretta applicazione induce a riservare alla giurisdizione esclusiva del g.a. tutte le controversie concernenti non solo la formazione e la conclusione, ma anche l'esecuzione di un accordo tra pubbliche amministrazioni, lasciando al g.o. solo le questioni non riconducibili ad un procedimento amministrativo né riguardanti l'estrinsecazione di poteri autoritativi<sup>2</sup>. Mentre invece nel caso in questione il punto

2. Cfr. Cass. civ., sez. un., ordinanza 29 luglio 2021 n. 21770 che ha individuato l'ambito di competenza del giudice ordinario rispetto quello amministrativo in ambito di accordi tra amministrazioni: *“In tema di riparto di giuri-*

focale dell'indagine richiesta ai fini della risoluzione della controversia appare proprio la verifica sulla correttezza delle scelte discrezionali e dell'azione amministrativa posta in essere dalle amministrazioni coinvolte<sup>3</sup>.

In secondo luogo, osta all'individuazione della giurisdizione ordinaria la disciplina di cui al medesimo art. 133, ma in relazione alla lettera e) n.1), che riserva al giudice amministrativo anche la trattazione delle controversie inerenti le procedure di affidamento di servizi svolte da soggetti che siano comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, come senz'altro i Comuni aderenti.

In terzo luogo, la competenza del giudice amministrativo è da attribuirsi anche in relazione alla complessa questione inerente la potenziale idoneità dell'accordo in questione a costituire una provvista per l'erogazione di aiuti pubblici in violazione dei canoni di cui all'art. 107 TUE – che come è noto dichiara incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidono sugli scambi tra gli Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma e che, favorendo talune imprese o produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza<sup>4</sup>.

*sdizione, è devoluta alla cognizione del giudice ordinario la controversia concernente l'esistenza dell'obbligo di un Comune consorziato di contribuire alle spese sostenute dal Consorzio, in quanto la questione, che non è riconducibile ad un procedimento amministrativo né riguarda l'estrinsecazione di poteri autoritativi, ha ad oggetto posizioni di diritto soggettivo derivanti dalle ragioni di credito fatte valere dal Consorzio e non rientra tra quelle concernenti la formazione, conclusione ed esecuzione di un accordo tra pubbliche amministrazioni, ai sensi dell'art. 15 della l. n. 241 del 1990, in relazione al quale sussisterebbe la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, a norma dell'art. 133, comma 1, lett. a), n. 2 c.p.a.*"

3. Sul punto *ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. V, decisione 08 ottobre 2008 n. 4952, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 12, 2008, p. 1267 con nota di L. Carbone Luigi e L. Lo Meo. Sul punto vedi anche: T.A.R. Napoli, sez. I, 05 novembre 2014 n.5687; T.A.R., Firenze, sez. II, 22 marzo 2011 n. 467.
4. Sul punto sia consentito richiamare l'esauritiva analisi svolta dalle Sezioni Unite della Cassazione con la pronuncia n. 7012-20: detto arresto infatti chiarisce, ancora, il perimetro della competenza europea a valutare la compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato interno e dunque se l'aiuto attribuisca un vantaggio ad alcune imprese e se produca effetti distorsivi sul regime di concorrenza (rinviando anche alla comunicazione della 2009/C 85/01 secondo cui "la valutazione di compatibilità di una misura d'aiuto con il mercato comune [...] rientra nella competenza esclusiva della Commissione" (punto 92), "salvo il riesame da parte delle corti della Comunità" (punto 20), mentre "i giudici nazionali non sono competenti a valutare la compatibilità di una misura di aiuto" (punto 92; cfr. già Corte di Cassazione, sez. un., ordinanza 13 dicembre 2016 n. 25516; v. anche Consiglio di Stato, sez. 3, 13 maggio 2015 n. 2401), ed indaga sull'obbligo di leale cooperazione tra giudici nazionali e nell'applicazione delle norme unionali in materia di aiuti di Stato, di guisa che, nel contesto di tale cooperazione, i giudici nazionali devono adottare tutte le misure generali o particolari idonee ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'Unione ed astenersi dall'adottare quelle che possono compromettere la realizzazione degli obiettivi del Trattato (Corte di giustizia 26 ottobre 2016, C-590/14; Corte di giustizia 15 settembre 2016, C574/14; Corte di giustizia 19 marzo 2015, C-672/13).

Circostanza confermata dal disposto del novellato art. 133, comma 1, lett. z-sexies c.p.a. (aggiunta dall'art. 49, comma 2, della l. 24 dicembre 2012 n. 234), che, come ormai noto, dispone che sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo *“le controversie relative agli atti ed ai provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e le controversie aventi ad oggetto gli atti e i provvedimenti adottati in esecuzione di una decisione di recupero di cui all'art. 14 del reg. (CE) n. 659/1999 del Consiglio, del 22 marzo 1999, a prescindere dalla forma dell'aiuto e dal soggetto che l'ha concesso”*. L'art. 50, l. 24 dicembre 2012 n. 234 ha, inoltre, previsto che *“I provvedimenti che concedono aiuti di Stato in violazione dell'art. 108, par. 3, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea possono essere impugnati davanti al tribunale amministrativo regionale competente per territorio”*. Di conseguenza la competenza ad accertare l'inadempimento rispetto il mandato, ricevuto attraverso un accordo tra amministrazioni, a sottoscrivere con un vettore aereo un contratto di co-marketing è del giudice amministrativo.

### 3. Il mandato a sottoscrivere un contratto di co-marketing

Un contratto di co-marketing<sup>5</sup> è un accordo formale o informale tra due o più entità (pubbliche e/o private) che decidono di collaborare per raggiungere obiettivi di marketing comuni o compatibili. Questo accordo può variare in termini di durata (occasionale o continuativo), formalità (formale o informale) e portata (tattico o strategico). In sostanza, un contratto di co-marketing è uno strumento di collaborazione che consente a diverse entità di unire le proprie forze e risorse per raggiungere obiettivi di marketing che sarebbero difficili da raggiungere individualmente. Tale tipo di contratto è molto utilizzato nel settore del trasporto aereo<sup>6</sup> dal momento che l'evoluzione del mercato e la stretta cooperazione tra aeroporti e compagnie aeree hanno gradualmente aperto la strada a un'ampia varietà di pratiche commerciali, tra le quali il più rilevante è proprio il contratto di co-marketing, che prevedono tariffe differenziate e talvolta importi considerevoli versati dagli aeroporti o dalle autorità locali a compagnie aeree a titolo di incentivi e sostegno alla commercializzazione. In particolare, possono essere erogati a compagnie aeree fondi pubblici destinati al sostegno di operazioni aeroportuali allo scopo di attirare un maggior traffico commerciale a condizione che tali contributi non alterino il mercato<sup>7</sup>.

5. G. IASEVOLI, *Le alleanze di marketing*, Milano, 2004; S. CHERUBINI, G. IASEVOLI, *Co-marketing. Tipologie, potenzialità, applicazioni*, Convegno “Le tendenze del Marketing in Europa”, Università Ca' Foscari Venezia 24 Novembre 2000; DE P. VITA, *Organizzare il co-marketing*, in *Sviluppo & Organizzazione*, 2000, p. 37-54; P. KOTLER, G. ARMSTRONG, *Principi di marketing*, Milano, 2015.

6. Cfr. [https://www.corriere.it/economia/aziende/21\\_dicembre\\_18/aerei-boom-incentivi-compagnie-aeroporti-italiani-oltre-500-milioni-euro-2021-3b199182-5f68-11ec-9db8-81822b3ce727.shtm](https://www.corriere.it/economia/aziende/21_dicembre_18/aerei-boom-incentivi-compagnie-aeroporti-italiani-oltre-500-milioni-euro-2021-3b199182-5f68-11ec-9db8-81822b3ce727.shtm); [https://www.corriere.it/economia/trasporti/aerei/25\\_marzo\\_02/voli-le-compagnie-low-cost-fanno-il-pieno-di-incentivi-dagli-aeroporti-europei-ricevono-10-milioni-al-giorno-d03dca5c-b5a9-4431-bc8a-a7f29cf2cxlk.shtml](https://www.corriere.it/economia/trasporti/aerei/25_marzo_02/voli-le-compagnie-low-cost-fanno-il-pieno-di-incentivi-dagli-aeroporti-europei-ricevono-10-milioni-al-giorno-d03dca5c-b5a9-4431-bc8a-a7f29cf2cxlk.shtml).

7. La Commissione ha ritenuto il contributo di co-marketing compatibile con il mercato interno ai sensi degli artt. 106 e 107 del trattato, e qualificabile come finanziamento pubblico di servizi di interesse economico generale

Nel caso in questione tutti i Comuni della Provincia di Trapani, tra i quali il Comune di Pantelleria, avevano sottoscritto un accordo, per lo svolgimento coordinato (co-marketing) di varie attività tese alla promozione dello sviluppo turistico del territorio della Provincia di ivi compresa la stipula di un contratto di comunicazione e promozione pubblicitaria con un vettore aereo dietro il pagamento di una “marketing fee” individuando quale soggetto attuatore di tale accordo la Camera di Commercio di Trapani.

Tale tipo di accordo, considerato anche la previsione dell’art. 14 della L.R. Sicilia 7/2019 che espressamente prevede l’applicazione dei principi del codice civile in materia di obbligazioni e contratti in quanto compatibili, deve essere inquadrato nell’ambito del contratto di mandato e precisamente nell’ambito del c.d. mandato collettivo. L’art. 1726 definisce, infatti, mandato collettivo quello conferito da più soggetti con un unico atto e per un affare comune. Nel caso di specie sono sussistenti tutti i requisiti necessari: conferito da più soggetti (tutti i comuni della Provincia di Trapani) e presenza di un affare d’interesse comune (promozione turistica del territorio della provincia)<sup>8</sup>.

(SIEG) a condizione che siano soddisfatti i seguenti requisiti cumulativi: a) contributo a un obiettivo ben definito di interesse comune: un aiuto di Stato deve avere un obiettivo di interesse comune in conformità all’articolo 107, paragrafo 3, del trattato; b) necessità di un intervento statale: una misura di aiuto di Stato deve essere destinata a una situazione in cui può determinare un miglioramento tangibile che il mercato da solo non è in grado di fornire, ad esempio per porre rimedio a una criticità del mercato o per risolvere questioni in materia di equità o coesione; c) idoneità della misura di aiuto: la misura di aiuto deve essere uno strumento politico adeguato per conseguire l’obiettivo di interesse comune; d) effetto di incentivazione: l’aiuto deve essere tale da modificare il comportamento delle imprese interessate spingendole a intraprendere un’attività supplementare che non svolgerebbero senza l’aiuto o svolgerebbero soltanto in modo limitato, con diverse modalità o altrove; e) proporzionalità dell’aiuto (aiuto limitato al minimo): l’aiuto deve essere limitato al minimo indispensabile per stimolare investimenti o attività supplementari nella regione interessata; f) assenza di effetti negativi indebiti sulla concorrenza e gli scambi tra Stati membri: gli effetti negativi dell’aiuto devono essere sufficientemente limitati, in modo che l’impatto complessivo della misura sia positivo; g) trasparenza dell’aiuto: gli Stati membri, la Commissione, gli operatori economici e il pubblico interessato devono poter accedere facilmente a tutti gli atti e informazioni pertinenti in merito all’aiuto concesso. Qualora il contributo di co-marketing fosse utilizzato per avviare nuove rotte (Aiuto di avviamento a favore di compagnie aeree) saranno necessarie ulteriori condizioni quali: i. rotte devono riguardare un aeroporto con meno di 3 milioni di passeggeri l’anno; ii. necessità di un piano industriale ex ante che preveda che la rotta, dopo tre anni, abbia acquistato prospettive di redditività per la compagnia aerea senza necessità di finanziamento pubblico. La Commissione prevede, altresì, la possibilità di derogare ad alcune condizioni di cui sopra nel caso in cui si tratti di aiuti sociali. Gli aiuti a carattere sociale per i servizi di trasporto aereo sono considerati compatibili con il mercato interno ai sensi dell’articolo 107, paragrafo 2, lettera a), del trattato, a condizione che siano soddisfatti i seguenti requisiti cumulativi: i. l’aiuto deve essere effettivamente a favore di consumatori finali; ii. l’aiuto deve avere un carattere sociale, ossia deve, in linea di principio, riguardare solo alcune categorie di passeggeri che viaggiano su una tratta (ad esempio bambini, persone con disabilità, persone con basso reddito, studenti, persone anziane). Tuttavia, nel caso in cui la rotta in questione serva a collegare aree remote, regioni ultraperiferiche, isole, e aree scarsamente popolate, l’aiuto potrebbe riguardare l’intera popolazione della regione interessata; iii. l’aiuto deve essere concesso senza discriminazioni per quanto riguarda l’origine dei servizi, vale a dire indipendentemente dalle compagnie aeree che effettuano i servizi in questione.

8. Corte di Cassazione, sez. II, 06 ottobre 2011 n. 2048: *“Il mandato collettivo non si perfeziona per il mero fatto che*

È opportuno evidenziare, come l'inquadramento di tale fattispecie nell'ambito del mandato collettivo, determina tutta una serie di conseguenze giuridiche rispetto le obbligazioni assunte dalle parti che sono state scrutinate dal TAR Palermo con la sentenza che oggi si annota.

#### 4. L'accertamento dell'inadempimento da parte del Giudice Amministrativo: Sentenza TAR Palermo 2272 del 19 marzo 2024

A seguito della riassunzione nella causa innanzi il giudice amministrativo, il TAR Palermo ha avuto modo di approfondire i temi relativi alle obbligazioni assunte dalle parti con la sottoscrizione dell'accordo in questione.

Il TAR si è soffermato sulle contestazioni riguardanti l'inadempimento degli obblighi derivanti dal mandato conferito dai Comuni alla Camera di Commercio. In particolare, i versamenti previsti a carico dei Comuni firmatari dell'accordo e richiesti dalla Camera di Commercio sono riconducibili agli obblighi disciplinati dall'art. 1719 cod. civ. e si riferiscono essenzialmente alla somministrazione da parte dei mandanti dei mezzi necessari per l'esecuzione del mandato<sup>9</sup>. Tali obblighi non trovano la propria giustificazione nella corrispettività del rapporto, ma si spiegano piuttosto in considerazione dell'esclusiva riconducibilità al mandante dell'interesse cui è preordinata l'attività del mandatario, per cui si pretende, logicamente prima che giuridicamente, che questi faccia tutto quanto possibile per consentirne l'espletamento.

Per altro verso, il Comune di Pantelleria ha contestato il mancato adempimento, da parte della Camera di Commercio, degli obblighi derivanti dal mandato, ai sensi dell'art. 1710 cod. civ., per non aver dato prova di aver concluso il contratto di co-marketing oggetto dell'incarico gestorio. Come noto la norma fissa la diligenza del mandatario in relazione al parametro del buon padre di famiglia<sup>10</sup>. Parametro stabilito, in termini generali, dall'art. 1176 per le obbligazioni *ex contractu*, che trova radice nel generale dovere di buona fede e deve commisurarsi altresì alla natura dell'attività esercitata. Si tratta di quella diligenza che è legittimo attendersi da qualunque soggetto

*l'incarico venga conferito da più persone per il medesimo atto, ma richiede anche che il conferimento congiunto venga disposto per un affare d'interesse comune. Tale requisito non può farsi derivare dalla mera presenza di un unico atto di conferimento dell'incarico, ma è necessario dimostrare che la volontà di ciascun mandante sia legata alla volontà degli altri e che, di conseguenza, ognuno di essi si sia determinato al conferimento dell'incarico in ragione dell'adesione degli altri, in vista del compimento dell'affare unico, indivisibile ed indistinto".*

9. Corte di Cassazione, sez. III, 13 ottobre 2003 n. 15273: "In tema di adempimento delle obbligazioni ed in ipotesi di esecuzione del mandato, sia il mandante che il mandatario devono comportarsi, nell'adempimento delle rispettive obbligazioni contrattuali, secondo le regole della correttezza. Ne consegue che non può affermarsi la responsabilità del mandatario senza in alcun modo porre la condotta da questi tenuta in relazione al comportamento del mandante il quale, ai sensi dell'art. 1719 c.c., "salvo patto contrario, è tenuto a somministrare al mandatario i mezzi necessari per l'esecuzione del mandato e per l'adempimento delle obbligazioni che a tal fine il mandatario ha contratto in proprio nome".

10. A. LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, Torino, 1985, p. 129; C. SANTAGATA, *Del mandato. Delle obbligazioni del mandatario. Delle obbligazioni del mandante*. Artt. 1710-1721, Bologna-Roma, 1998, p. 27.



di media avvedutezza e accortezza da valutarsi in funzione della volontà del mandante, con riferimento ai limiti oggettivi dell'incarico e alle istruzioni impartite e la cui osservanza il mandatario deve dimostrare provando tutti gli elementi di fatto che consentano di vagliare il suo operato e di verificarne la conformità ai parametri della diligenza media<sup>11</sup>.

È opportuno evidenziare, però, che nel caso di specie trattasi di mandato a titolo gratuito, dal momento che non è stata prevista alcuna remunerazione per l'attività svolta dalla Camera di Commercio e, pertanto, è da verificarsi se al mandato gratuito si applica un criterio di responsabilità più tenue<sup>12</sup>. In dottrina, infatti, si è dibattuto in merito a tale possibilità sostenendo, solo in limitati casi, che la norma consente, in caso di gratuità, solo un'attenuazione delle conseguenze dell'inadempimento sul piano puramente risarcitorio. In giurisprudenza, conformemente alla dottrina maggioritaria, si afferma il principio per cui la valutazione della responsabilità per colpa nel mandato gratuito è ispirata a un minor rigore, per un riguardo verso il mandatario cui non sarebbe equo far ricadere una colpa di entità trascurabile nell'esecuzione di un incarico prestato per amichevole favore: nondimeno, accertata secondo tale criterio attenuato la colpa del mandatario, lo stesso deve rispondere dell'intero danno sofferto dal mandante, che sia conseguenza immediata e diretta dell'inadempimento, ai sensi dell'art. 1223<sup>13</sup>.

Le inadempienze reciproche, pertanto, non devono essere valutate alla stregua del paradigma di cui all'art. 1460 cod. civ., la cui giustificazione risiede nell'esigenza di mantenere inalterato il sinallagma contrattuale, bensì guardando alla specifica disciplina dettata per gli obblighi derivanti dal mandato, rispetto ai quali è estraneo il nesso di corrispettività che spiega la disciplina dell'eccezione di inadempimento.

In tale contesto, assume rilievo determinante il tempo in cui si verifica l'inadempimento del mandante degli obblighi previsti dall'art. 1719 cod. civ. In linea generale, in caso di omessa somministrazione dei mezzi necessari per l'adempimento del mandato prima del compimento dell'atto gestorio, si verifica il mancato rispetto di un onere, ovvero di un comportamento che il mandante deve tenere per conseguire un risultato a lui favorevole. In tal caso, il mandatario può avvalersi dei mezzi di tutela della mora del creditore e della liberazione coattiva del debitore, ovvero potrà legittimamente rifiutare di dare esecuzione al mandato o chiedere il risarcimento dei danni; deve tuttavia escludersi, al di fuori del caso in cui il mandato sia stato conferito anche nel suo interesse, che il mandatario sia legittimato a proporre azione di condanna del mandante alla somministrazione dei mezzi necessari per l'espletamento dell'incarico. Diversamente, quando l'atto gestorio

11. Cfr. Corte di Cassazione, sez. III, 23 dicembre 2003 n. 19778; Corte di Cassazione, sez. II, 9 agosto 1990 n. 8099; Corte di Cassazione, sez. II, 11 aprile 1992 n. 447; Corte di Cassazione, sez. I, 15 gennaio 2000 n. 426.

12. Per il riconoscimento di una responsabilità più attenuata: F. DOMINEDÒ, voce *Mandato (diritto civile)*, in *Noviss. Dig. it.*, X, Torino, 1964, p. 125; per il mantenimento del medesimo grado di responsabilità rispetto al mandato oneroso: U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, Milano, 1967, p. 122.

13. Corte di Cassazione, 3 aprile 1980 n. 2200; Corte di Cassazione, n. 2437/1962; Corte di Cassazione, n. 2207/1959; Corte di Cassazione, n. 95/1957.

è compiuto, il mandatario è legittimato ad esperire l'azione di esatto adempimento per ottenere dal mandante i mezzi necessari per l'esecuzione delle obbligazioni contratte per suo conto.

Sul piano del riparto dell'*onus probandi*, come chiarito dalla giurisprudenza<sup>14</sup>, grava sul mandatario che agisce in giudizio l'onere di fornire la dimostrazione dei fatti che costituiscono il fondamento della propria pretesa, e cioè della stipulazione del negozio gestorio, restando invece a carico del mandante – che quel diritto contesti – di provare l'adempimento del proprio obbligo di tenere indenne il mandatario da ogni diminuzione patrimoniale, attraverso effettuate anticipazioni o per via di rifusione, a seconda che l'eccezione di avvenuto adempimento si ricolleggi a fatti anteriori o successivi al pagamento a terzi da parte del mandatario medesimo.

Nel caso di specie, il mandato aveva espressamente ad oggetto, in via principale, “la stipula del contratto di co-marketing di cui all'art. 1” (art. 2), relativo allo svolgimento del servizio di marketing attraverso il sito Ryanair, dietro pagamento di una “marketing fee” di 2.100.000 Euro annui (art. 1). Il relativo onere economico era fatto gravare sui Comuni mandanti, tra cui il Comune di Pantelleria, che avrebbero dovuto corrispondere alla mandataria l'importo annuo di Euro 2.225.000,00.

Senonché, nonostante il chiaro tenore dell'accordo, la mandataria non ha dato prova di aver concluso l'atto gestorio che la impegna nei confronti del terzo, sicché alla luce dei principi dettati dal codice civile dovrebbe escludersi che il soggetto rappresentante abbia diritto di agire nei confronti dei mandanti per l'adempimento dell'obbligo di fornire la relativa provvista.

È pur vero che, nel caso in esame, l'accordo reca un'espressa disciplina pattizia degli obblighi di somministrazione dei mezzi a carico dei mandanti, per i quali sono previste scansioni trimestrali predeterminate. Risulta tuttavia pacifico che il Comune di Pantelleria abbia regolarmente adempiuto alle rate relative al 2014, versando la somma di Euro 30.000,00 – pari a  $\frac{1}{3}$  dell'importo complessivamente dovuto; per contro, la Camera di Commercio non ha provato che tale provvista sia stata effettivamente destinata all'espletamento dell'incarico, ovvero per l'adempimento delle obbligazioni assunte nei confronti di Airport Marketing Services Limited per lo svolgimento del servizio di marketing. Piuttosto, l'omessa produzione del contratto di co-marketing, su cui si fonda l'intera operazione delineata dall'accordo, e la condotta processuale della ricorrente, che non ha mai replicato alle domande ed eccezioni spiegate dal Comune rivelando un concreto disinteresse per la controversia, manifestano il sostanziale fallimento del progetto di co-marketing, di cui non è emersa l'effettiva realizzazione.

Il TAR ha, pertanto, escluso che la Camera di Commercio abbia diritto di agire nei confronti del Comune per il pagamento delle ulteriori risorse necessarie per sostenere il progetto per gli anni 2015 e 2016, il cui versamento, in assenza di una operazione da finanziare, risulterebbe privo di una valida causa giustificativa.

14. Cfr. Corte di Cassazione, 3 novembre 1984 n. 5573.

## 5. Conclusioni

L'analisi del TAR Palermo ricostruisce i rapporti giuridici che si instaurano tra i vari soggetti pubblici partecipanti ad un contratto di co-marketing. Tale analisi risulta chiarificatrice rispetto le modalità con le quali gli enti locali devono determinarsi per l'assunzione di obbligazioni rispetto la sottoscrizione di un contratto di co-marketing con un vettore aereo.

Tali contratti hanno ormai assunto una notevole rilevanza economica per lo sviluppo turistico di un territorio appare, pertanto, necessario rispettare le forme e garantire la necessaria trasparenza rispetto tali operazioni.

La normativa vigente, ed in particolare l'art. 13 del D.L. 145/2013<sup>15</sup> con le relative linee guida relative ai commi 14 e 15 (D.M. MIT n. 275 dell'11 agosto 2016), prevedono degli obblighi di trasparenza a carico dei gestori aeroportuali in merito a contributi, sussidi o ogni altra forma di emolumento ai vettori aerei. Non si rinviene, salve le norme di carattere generale, una analoga normativa per gli enti locali che intendono procedere direttamente ad erogare contributi a favore di vettori aerei come nel caso oggetto della sentenza annotata.

Da qui l'importanza dei principi delineati nella sentenza che ribadisce la necessità della forma scritta per poter determinare un obbligo a carico dei soggetti coinvolti e dall'altro evidenziando gli oneri di diligenza del mandatario (nel caso di specie la Camera di Commercio) sottolinea la necessità di adottare tutte le procedure previste per attribuire utilità derivanti da risorse pubbliche a favore di soggetti privati.

Alla luce di quanto sopra il legislatore, con un intervento integrativo, dovrebbe estendere le norme di trasparenza previste per i gestori aeroportuali verso tutti i soggetti che a vario titolo forniscono utilità ad un vettore aereo.

15. Art. 13 D.L. 145/2013 comma 14: *“I gestori di aeroporti che erogano contributi, sussidi o ogni altra forma di emolumento ai vettori aerei in funzione dell'avviamento e sviluppo di rotte destinate a soddisfare e promuovere la domanda nei rispettivi bacini di utenza, devono esperire procedure di scelta del beneficiario [che siano concorrenziali,] trasparenti e tali da garantire la più ampia partecipazione dei vettori potenzialmente interessati. Al fine di esperire le procedure di cui al primo periodo, nonché di assicurare la più ampia trasparenza e accessibilità ai meccanismi di incentivazione, i gestori di aeroporti sono tenuti a dare adeguata pubblicità, anche mediante pubblicazione nel proprio sito web, ai criteri di concessione degli incentivi e ai requisiti richiesti per il relativo accesso”*. Comma 15: *“I gestori aeroportuali comunicano annualmente all'Autorità di regolazione dei trasporti e all'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile l'esito delle procedure previste dal comma 14, ai fini della verifica del rispetto delle condizioni di trasparenza e competitività nonché ai fini dell'attività di monitoraggio nell'ambito delle proprie competenze. Qualora le Autorità di cui al primo periodo ravvisino nell'ambito delle proprie attività di verifica elementi distorsivi del rispetto delle condizioni di trasparenza e competitività, ne danno comunicazione al Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e al Ministro delle imprese e del made in Italy”*.



## ZTL onnivora e Smart City\*

Paolo Sabra Piazza

Avvocato del libero foro e Dottore di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche nell'Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma

### Abstract

*Omnivorous ZTL and Smart City.*

*The contribution has as its object the commentary of the sentence Consiglio di Stato Sezione V sentenza 9 gennaio 2024 n. 282. This contribution aims to reflect on the issue of the institutions of the Limited Traffic Zones, from the point of view of reasonableness and proportionality, and to verify whether there are other tools for the protection of the environment and health, less invasive and probably more effective at the disposal of public administrators.*

*Il contributo ha per oggetto il commento alla sentenza Consiglio di Stato Sezione V sentenza 9 gennaio 2024 n. 282. Il presente contributo intende riflettere sul tema degli istituti delle Zone a Traffico Limitato, dal punto di vista della ragionevolezza e della proporzionalità, e verificare se vi siano altri strumenti di tutela dell'ambiente e della salute, meno invasivi e probabilmente più efficaci a disposizione degli amministratori pubblici.*

*Key words: Limited Traffic Zone, proportionality, Environment, Artificial Intelligence, Smart City.*

**Sommario** – 1. Introduzione – 2. La questione – 3. Quadro di sintesi dei i princìpi giurisprudenziali richiamati – 4. Le limitazioni amministrative alla circolazione: alcuni profili critici – 5. L'interesse delle future generazioni e la giustizia climatica – 6. Smart City.

\* Sottoposto a referaggio.

## 1. Introduzione

La sentenza in commento ha per oggetto la legittimità di una delibera di Giunta Comunale che istituisce una zona a traffico limitato (ZTL) nel centro storico di un Comune. Il tema si inserisce all'interno di un dibattito più ampio che riguarda la tutela dell'ambiente, inteso come macrosistema, partendo dalla *governance* delle nostre città. Il nocciolo della questione che qui verrà trattata riguarda le politiche di gestione delle città, soprattutto di grandi e medie dimensioni, che impattano con la qualità della vita dei cittadini. I principi di proporzionalità e di ragionevolezza vengono rispolverati per trovare un equilibrio fra nuovi e vecchi diritti. Nodo centrale è la tutela dell'ambiente che, a una prima lettura, sembrerebbe prevalere indistintamente su altri diritti.

Il presente contributo si pone l'obiettivo di fornire una riflessione sul tema delle istituzioni delle ZTL, in stretta connessione ai principi di ragionevolezza e di proporzionalità, e di verificare se esistono altri strumenti a tutela dell'ambiente e della salute, meno invasivi e probabilmente più efficaci a disposizione degli amministratori pubblici.

## 2. La questione

La sentenza in commento<sup>1</sup> ha per oggetto la legittimità di una delibera di Giunta Comunale che istituisce una zona a traffico limitato nel centro storico di un Comune.

Il ricorrente deduceva presso il Consiglio di Stato un unico motivo di gravame: manifesta erroneità di giudizio in ordine alla dedotta violazione degli artt. 3 comma 1 n. 54 e 7 comma 9 del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, nonché in relazione al denunciato vizio di eccesso di potere per carenza di istruttoria.

In particolare, per quanto riguarda il difetto di istruttoria, il ricorrente sosteneva che la deliberazione non era stata preceduta da alcuna istruttoria, non essendovi di essa traccia nella delibera gravata, neanche con riferimento alla valutazione dei flussi di traffico nel centro storico comunale e alla loro incidenza sui valori tutelati della salute, dell'ambiente e del patrimonio storico artistico, che la delibera si limitava a richiamare, facendo emergere esclusivamente la volontà dell'Amministrazione di preservarli. Mancava, in particolare, per l'appellante, l'individuazione, e l'indicazione, del numero dei veicoli che transitavano quotidianamente nel centro storico, il numero dei cittadini residenti nell'area e la valutazione circa gli effetti dell'accesso e della sosta dei veicoli di questi ultimi sui valori tutelati.

In buona sostanza, ad avviso della ricorrente, a fronte della limitazione del diritto alla circolazione delle persone, costituzionalmente garantito (art. 16 Cost.<sup>2</sup>), l'ente comunale con l'istituzione di

1. Consiglio di Stato, sez. V, 9 gennaio 2024 n. 282.

2. L'art. 16 Cost. dispone che *“ogni cittadino può circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivo di sanità e di sicurezza. Nessuna restrizione può essere determinata da ragioni politiche”*.



tale pregnante limitazione avrebbe dovuto ancorare tale scelta all'osservanza di rigorose garanzie, sostanziali e procedurali.

Soggiungeva l'istante che all'indicata conclusione si sarebbe dovuto, inoltre, pervenire anche sulla base del disposto dell'art. 7, comma 9, del Codice della strada (C.d.s.), in quanto, nel prevedere che *"I comuni, con deliberazione della giunta, provvedono a delimitare le aree pedonali e le zone a traffico limitato"*, stabilisce che i medesimi comuni debbano tenere *"conto degli effetti del traffico sulla sicurezza della circolazione, sulla salute, sull'ordine pubblico, sul patrimonio ambientale e culturale e sul territorio"*, con ciò imponendo la necessità di adeguati adempimenti istruttori, prima dell'adozione della scelta di istituire una ZTL.

Nel ricorso di primo grado presso il Tribunale amministrativo regionale<sup>3</sup>, oltre ai motivi menzionati in grado di appello, veniva anche denunciata la violazione e falsa applicazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 1, comma 1, l. 241/1990 e dell'art. 3 C.d.s., irragionevolezza, incongruità della motivazione e disparità di trattamento (illegittimità della conferma della precedente area pedonale). Il collegio di prime cure osservava, anzitutto, che i provvedimenti limitativi della circolazione stradale nei centri abitati e istitutivi di zone a traffico limitato sono espressione di scelte latamente discrezionali, devolute alla esclusiva competenza decisionale dell'autorità amministrativa e non suscettibili di sindacato di merito in sede giurisdizionale in ordine alla congruità delle scelte operate nella composizione e nel bilanciamento dei diversi interessi coinvolti, a meno che non si palesino vizi di forma o di procedura, ovvero che non emerga una manifesta irragionevolezza (TAR Campania, Napoli, sez. I, 19 luglio 2015 n. 4139).

Il Tar Lazio<sup>4</sup> oltre a reputare sufficientemente motivata e frutto di una completa istruttoria e non manifestamente irragionevole la delibera impugnata affermava anche che la parziale compressione della libertà di locomozione e di iniziativa economica è sempre giustificata quando scaturisce dall'esigenza di tutela rafforzata di patrimoni culturali ed ambientali, tenendo presente che la gravosità delle limitazioni trova comunque giustificazione nel valore primario ed assoluto riconosciuto dalla Costituzione all'ambiente, al paesaggio e alla salute<sup>5</sup>.

Per quanto riguarda invece la motivazione dell'atto impugnato i giudici della sentenza in commento ancorano l'argomentazione giuridica a due fattori. Il fatto notorio e l'istruttoria connessa. L'atto o, meglio, la motivazione dell'atto e la relativa istruttoria vanno ricercati, ad avviso dei giudici, non solo nel singolo provvedimento ma in una platea di provvedimenti, uniti da diverse ragioni e da una connessa istruttoria, relativa alla idoneità delle individuate soluzioni esplicitate nel provvedimento amministrativo i quali sono da ricercare a monte del complesso percorso amministrativo.

3. TAR Lazio, Latina, sez. I, n.146/2019.

4. TAR Lazio, Latina, sez. I, n.146/2019.

5. Così anche TAR Campania, Napoli, sez. I, 19 luglio 2015 n. 4139; cfr. anche Consiglio di Stato, sez. V, 13 febbraio 2009 n. 825; TAR Campania Napoli, sez. I, 18 marzo 2013 n. 1509.

Pur condividendo questo assunto, l'aspetto problematico è rappresentato dal bilanciamento o, meglio, sbilanciamento a favore dei patrimoni culturali ed ambientali, l'ambiente, il paesaggio, la salute a discapito della libertà di locomozione e di iniziativa economica e possiamo aggiungere anche altri diritti costituzionali. In sostanza, affermando che la parziale compressione della libertà di locomozione e di iniziativa economica “è sempre giustificata” quando scaturisce dall'esigenza di tutela rafforzata di patrimoni culturali ed ambientali, tenendo presente che la gravosità delle limitazioni trova comunque giustificazione nel valore primario ed assoluto riconosciuto dalla Costituzione all'ambiente, al paesaggio ed alla salute, si finirebbe per rendere l'istituzione di una ZTL – e provvedimenti similari – strumenti onnivori ovvero annienterebbero altri diritti Costituzionalmente garantiti, diritto di circolazione e iniziativa economica *in primis*.

Come vedremo più avanti, protagonista del delicato equilibrio fra diritto alla circolazione e tutela ambientale è la “proporzionalità e ragionevolezza” degli strumenti che la pubblica amministrazione adotta. Cercheremo di verificare se l'utilizzo della Intelligenza Artificiale (IA), che in tema di trasporti potrebbe trovare una compiuta realizzazione nelle *Smart City*, possa rappresentare un valido strumento a disposizione dell'amministrazione – proporzionato e ragionevole – tale da rendere, di contro, sproporzionato l'uso *tout court* delle ZTL a difesa dell'ambiente e della salute. I giudici, a corredo delle proprie conclusioni richiamano principi giurisprudenziali<sup>6</sup> che sembra opportuno sintetizzare nel prossimo paragrafo.

### 3. Quadro di sintesi dei i principi giurisprudenziali richiamati

I giudici, nella parte motiva, richiamano alcuni principi giurisprudenziali sulla disciplina delle limitazioni alla circolazione veicolare, oltre che della sosta tariffata e del telecontrollo all'interno dei centri abitati che vale la pena richiamare sinteticamente per ricostruire il quadro dei principi giurisprudenziali regolatori del tema che stiamo trattando: istituzione di ZTL.

Viene *in primis* rilevato che l'art. 16 Cost, che garantisce ad ogni cittadino il diritto di circolare e soggiornare liberamente in qualsiasi parte del territorio nazionale, salvo le limitazioni che la legge stabilisce in via generale per motivi di sanità o di sicurezza, non preclude l'adozione di misure che, per ragioni di pubblico interesse, influiscano sul movimento della popolazione; è pertanto costituzionalmente legittima una previsione come quella dell'art. 7 del Codice della strada, in quanto l'art. 16 Cost. consente limitazioni giustificate in funzione di altri interessi pubblici egualmente meritevoli di tutela. Conseguentemente, non sono utilmente proponibili, contro atti amministrativi attuativi della norma, doglianze aventi ad oggetto la violazione degli artt. 16 e 41

6. Consiglio di Stato, 4 maggio 2017 n. 2033, Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2015 n. 2255; IV, 4 dicembre 2013 n. 5768; V, 13 febbraio 2009 n. 859; V, 13 febbraio 2009 n. 825; 3 febbraio 2009 n. 596; 4 marzo 2008 n. 824; Ad. Plen. 6 febbraio 1993 n. 3; II, parere 26 gennaio 2011 n. 191/2006; Corte costituzionale, 29 gennaio 2005 n. 66; 19 luglio 1996 n. 264.

Cost. quando non sia vietato *tout court* l'accesso e la circolazione sull'intero territorio, ma solo a delimitate, seppur vaste, zone dell'abitato urbano particolarmente esposte alle conseguenze dannose del traffico.

In secondo luogo, viene riconosciuto che la parziale limitazione della libertà di locomozione e di iniziativa economica è giustificata laddove derivi dall'esigenza di tutela rafforzata di patrimoni culturali e ambientali, specie di rilievo mondiale o nazionale; la gravosità delle limitazioni si giustifica anche alla luce del valore primario e assoluto che la Costituzione riconosce all'ambiente, al paesaggio, alla salute.

Viene reputata legittima la diversità del regime circolatorio in base al tipo, alla funzione e alla provenienza dei mezzi di trasporto, specie quando una nuova disciplina sia introdotta gradualmente e senza soluzione di continuità.

I provvedimenti limitativi della circolazione veicolare all'interno dei centri abitati sono espressione di scelte latamente discrezionali, che coprono un arco esteso di soluzioni possibili, incidenti su valori costituzionali spesso contrapposti, che vanno temperati secondo criteri di ragionevolezza la cui scelta è rimessa all'autorità competente.

In particolare, l'uso delle strade, specie con mezzi di trasporto, può essere regolato sulla base di esigenze che, sebbene trascendano il campo della sicurezza e della sanità, attengano al buon regime della cosa pubblica, alla sua conservazione, alla disciplina che gli utenti debbono osservare e alle eventuali prestazioni che essi sono tenuti a compiere.

La tipologia dei limiti (divieti, diversità temporali o di utilizzazioni, subordinazione a certe condizioni) viene articolata dalla pubblica autorità tenendo conto dei vari elementi rilevanti: diversità dei mezzi impiegati, impatto ambientale, situazione topografica o dei servizi pubblici, conseguenze pregiudizievoli derivanti dall'uso indiscriminato del mezzo privato, trattandosi di disciplina funzionale alla pluralità degli interessi pubblici meritevoli di tutela e alle diverse esigenze, e sempre che queste rispondano a criteri di ragionevolezza il cui sindacato va compiuto dal giudice amministrativo in ossequio al principio di separazione dei poteri ed alla tassatività dei casi di giurisdizione di merito, *ab externo*, nei limiti della abnormità<sup>7</sup>.

7. La sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 6 maggio 2015 n. 2255 oltre ai principi menzionati riporta: d) il pagamento per la sosta del veicolo o per l'accesso alle zone a traffico limitato non si può accomunare ad un tributo o ad una prestazione patrimoniale imposta, quanto, piuttosto, ad una sorta di corrispettivo, commisurato ai tempi e ai luoghi della sosta, di una utilizzazione particolare della strada, rimessa ad una scelta dell'utente non priva di alternative, con la conseguenza che tale corrispettivo risulta privo di uno dei fondamentali requisiti che sono ritenuti indispensabili affinché possa individuarsi una prestazione patrimoniale imposta, e ciò esclude che si applicano i principi garantistici desumibili dagli artt. 23 e 53 Cost.; h) con particolare riguardo alla sosta tariffata, anche all'interno di autorimesse, si ritiene che tale metodo possa costituire ormai in tutti i centri densamente abitati del mondo uno degli strumenti essenziali per la limitazione della circolazione, al fine di superare le enormi criticità ambientali dell'inquinamento acustico ed atmosferico per i centri storici e le aree immediatamente adiacenti; si ritiene pertanto legittima la delibera con la quale si istituiscono zone di parcheggio a pagamento pur senza la contemporanea realizzazione nelle immediate vicinanze di zone di parcheggio gratuite.

#### 4. Le limitazioni amministrative alla circolazione: alcuni profili critici

Trattiamo adesso, senza pretesa di esaustività, alcuni profili critici che impattano in modo particolare con la regolamentazione delle aree ZTL.

In primo luogo, va registrato che il settore dei trasporti presenta una programmazione nazionale poco chiara e definita, cui hanno contribuito i numerosi documenti di programmazione e le linee strategiche e di intervento adottate<sup>8</sup>. Questa frammentazione, unitamente alle diverse sensibilità dei rappresentanti della classe politica sul tema, ha spesso ostacolato le azioni locali e la creazione di un quadro di riferimento complessivo unitario<sup>9</sup>.

È stato sottolineato che all'interno dell'Unione europea, i trasporti sono responsabili di circa un quarto delle emissioni di gas serra e impongono ulteriori costi significativi alla società in termini di inquinamento, incidenti, congestione e perdita di biodiversità<sup>10</sup>.

Alcuni sostengono, a nostro avviso erroneamente, che non si può affermare che il bisogno di circolare potrebbe esser pienamente soddisfatto dal sistema dei trasporti pubblici, tanto ne sono notorie le macroscopiche disfunzioni<sup>11</sup>. In realtà, oggi, il trasporto pubblico locale può rappresentare una valida leva di contrasto ai cambiamenti climatici e alla tutela della qualità della vita nelle città<sup>12</sup>.

Questi due fattori indubbiamente rappresentano elementi di macro-complessità e di attualità della problematica oggetto del presente contributo.

Nonostante questa “evidente” importanza, soprattutto in relazione alla qualità della vita collettiva nella realtà contemporanea, si registrano pochi studi sull'argomento ZTL<sup>13</sup>, sia da un punto di vista teorico sia da un punto di vista concreto applicato nelle città grandi e piccole<sup>14</sup>.

8. Per una sintetica ricostruzione si rinvia a L. MARFOLI, *Trasporti, ambiente e mobilità sostenibile in Italia*, in *Riv. giur. ambiente*, fasc. 3-4, 2013, p. 305.

9. Per una ricostruzione normativa, regolatoria, e delle questioni attuali sul trasporto pubblico locale cfr. F. GASPARI, P. SABRA PIAZZA (a cura di), *La regolazione del trasporto pubblico locale*, Roma, 2024.

10. C. TELESICA, *Riflessioni su sviluppo sostenibile e tutela ambientale nel settore dei trasporti*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. XXII 2024, p. 199. Per ulteriori dati cfr. il sito web <https://www.eea.europa.eu/en/analysis/indicators/greenhouse-gas-emissions-from-transport.it>.

11. S. AMOROSINO, *Le limitazioni amministrative alla circolazione: profili critici*, in *La disciplina della circolazione e la libertà dei cittadini* (Atti del Convegno, Napoli, 13-14 novembre 2003), in [www.aci.it](http://www.aci.it), p. 3.

12. Per un approfondimento sulle le modalità attraverso le quali il trasporto pubblico locale può contribuire a soddisfare le esigenze della mobilità sostenibile cfr. F. GASPARI, *Trasporto pubblico locale e mobilità sostenibile: verso nuovi modelli regolatori*, F. GASPARI, P. SABRA PIAZZA (a cura di), *La regolazione del trasporto pubblico locale*, cit., pp. 167-207.

13. Il primo ad occuparsene è stato G. ABBAMONTE, *La libertà di circolazione stradale e la sua regolamentazione costituzionale*, in *Riv. giur. circ.*, 1955 p. 889; la prima trattazione sistematica è di M. DUNI, D. CASSONE, F. GARRI, *Trattato di diritto della circolazione stradale*, Roma, 1961.

14. S. AMOROSINO, *Le limitazioni amministrative alla circolazione*, cit.

Nel presente paragrafo riportiamo brevemente alcuni aspetti critici in relazione alle limitazioni amministrative alla circolazione<sup>15</sup>.

Per quanto riguarda intanto la natura giuridica dell'atto istitutivo di una ZTL questo rappresenta un atto amministrativo a carattere generale di natura programmatica e, in quanto tale, ad esso non si applicano le disposizioni del Capo III l. 7 agosto 1990 n. 241 (art. 13)<sup>16</sup>. Va anche sottolineato che, l'art. 3 della legge n. 241/90 sull'obbligo della motivazione del provvedimento amministrativo sancisce il principio per il quale la motivazione non è richiesta per gli atti normativi e per quelli a contenuto generale. Dunque, erra il ricorrente a soffermarsi su questo elemento di illegittimità del provvedimento istitutivo della ZTL.

Il diritto alla circolazione mediante guida di veicoli a motore negli anni ha subito valutazioni differenti da parte della Corte costituzionale. Si è passati da una valutazione negativa circa l'esistenza di un diritto, costituzionalmente significativo, riconducibile all'art. 16 Cost., di guidare veicoli a motore<sup>17</sup> fino a considerarlo come rilevante bisogno di vita<sup>18</sup> fino a trovare un bilanciamento sostenendo che l'art. 16 Cost. non preclude al legislatore di adottare, per ragioni di pubblico interesse, misure che influiscono sul movimento della popolazione, purché i limiti imposti siano concretamente riscontrati e valutati in base alle differenti situazioni offerte dalla realtà<sup>19</sup>.

In senso critico è stato rilevato che i provvedimenti organizzatori del traffico sono adottati "alla giornata" ed invece dovrebbero essere dei momenti attuativi di una riprogrammazione complessiva del traffico<sup>20</sup> adottati anche in modo coordinato tra circoscrizioni o comuni confinanti.

All'inizio degli anni 2000 la dottrina, in riferimento al problema ambientale e alla regolazione del traffico, considerava gli interventi di limitazione del traffico per finalità di tutela ambientale molto inflazionati ed in riferimento alle c.d. domeniche ecologiche, si sosteneva che tali giornate avessero costi rilevanti e recassero scarsissimi benefici per l'inquinamento atmosferico, ma fossero giustificati da un pensiero "politicamente corretto"<sup>21</sup>.

Si denunciava<sup>22</sup> il fatto che questi provvedimenti di limitazione del traffico erano affetti da alcune disfunzioni giuridiche come per esempio:

15. M. FRASCHINA, *Alcuni cenni normativi in merito agli strumenti di pianificazione e programmazione della circolazione stradale urbana e breve sintesi delle pronunce giurisprudenziali più significative*, in *Riv. circolazione e trasporti*, 2011, p. 2.

16. Consiglio di Stato, sez. V, 4 maggio 2017 n. 2033.

17. Corte costituzionale, sentenza n. 6/1962 e sentenza n. 285/1975.

18. Corte Costituzionale, sentenza n. 215/1998, in *Giur. cost.*, 1998 p. 1701, con nota di M. MANETTI, *Il "bisogno di circolare sulla propria automobile" tra art. 23 e art. 41 Cost.*

19. Corte Costituzionale, sentenza n. 264/1996.

20. A. BARDUSCO, *Politica della mobilità ed obiettivi dei piani del traffico* in *Studi in onore di Giuseppe Guarino*, I, Padova, 1998, p. 277.

21. S. AMOROSINO, *Le limitazioni amministrative alla circolazione*, cit., p. 8. Cfr. inoltre la rassegna intitolata *Molto disagio per poco o nulla*, in *Mobilità e Traffico Urbano*, n. 6/2003.

22. S. AMOROSINO, *Le limitazioni amministrative alla circolazione*, cit., p. 3.

- carenza di programmazione degli interventi;
- carenza di istruttoria tecnica prima dell'adozione delle decisioni, quando non estemporaneità (certi tipi di provvedimenti, adottati da comuni pretesi modello, si diffondono come "mode", al di là dell'effettiva necessità);
- scarsa trasparenza dei processi decisionali ed esclusione della partecipazione dei cittadini;
- noncuranza dell'incidenza dei provvedimenti da adottare sui diritti dei cittadini (di tutti i cittadini: automobilisti e non) e mancata ponderazione della praticabilità di soluzioni meno penalizzanti.

Ultimamente si riscontra una maggiore sensibilità a favore delle politiche ambientali e l'uso delle ZTL diventa inevitabilmente attuale.

Di notevole importanza per il giurista – e *focus* della sentenza in commento – è il criterio generale di ragionevolezza<sup>23</sup> e proporzionalità che spesso si assume essere leso da provvedimenti di istituzione della ZTL e similari.

Il rapporto tra il diritto alla libertà di movimento e i limiti al suo esercizio va dunque osservato alla luce del criterio generale di ragionevolezza, ossia della giusta correlazione dell'atto allo scopo<sup>24</sup>.

Chiaramente la proporzionalità è un valore variabile rispetto ai vari interessi pubblici coinvolti e alla loro relativa percezione contingente.

Il punto critico è proprio questo: la proporzionalità<sup>25</sup> del sacrificio imposto ai privati rispetto all'interesse pubblico tutelato<sup>26</sup>.

Come è stato già ribadito, la Corte costituzionale precisa che l'art. 16 Cost. attribuisce al cittadino il diritto di circolare liberamente su tutto il territorio nazionale, diritto che, però, non è assoluto e inderogabile. Infatti, il rapporto tra il diritto alla libertà di movimento e i limiti al suo esercizio va osservato alla luce del criterio generale di ragionevolezza, ossia sotto il profilo del giusto rapporto dell'atto allo scopo.

23. L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir., Aggiornamento*, I, Milano, 1997, p. 899 ss.; G. LOMBARDO, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. Trim. dir. pubb.*, n.4/1997, p. 939 ss.; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, Napoli, 2011; L. D'ANDREA, *Contributo ad uno studio sul principio di ragionevolezza nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2000; G. CORSO, *Il principio di ragionevolezza nel diritto amministrativo*, in *Ars interpretandi*, Padova, 2002, p. 437 ss.

24. G. PASQUINI, *Le strade e la circolazione* in *Trattato di diritto amministrativo* (a cura di S. CASSESE), parte speciale, Tomo II, Milano, 2000, p. 1376.

25. Fra le tante definizioni in dottrina si rinvia a D. SORACE, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, Bologna, 2000, p. 79: "In estrema sintesi il principio di proporzionalità è articolato nel senso che i provvedimenti autoritativi: a) debbono essere idonei a raggiungere il fine cui sono preordinati; b) debbono essere effettivamente necessari; c) non devono incidere sulle situazioni giuridiche soggettive in misura superiore a quella indispensabile a conseguire il fine prefissato".

26. Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 215/1998; Corte costituzionale, sentenza n. 264/1996.



Indubbiamente le limitazioni amministrative alla circolazione incidono sia direttamente sia indirettamente con alcune libertà dei cittadini. Il criterio generale di ragionevolezza e proporzionalità diventa dunque elemento essenziale per il bilanciamento tra l'esigenza di tutela rafforzata di patrimoni culturali ed ambientali, ambiente, paesaggio e salute.

È stato rilevato<sup>27</sup> che vi è una profonda connessione tra ragionevolezza e discrezionalità, in cui la prima diviene contenuto e al contempo limite della seconda, secondo un criterio di giudizio consistente nella pesatura delle situazioni di fatto e di diritto ritenute meritevoli di tutela.

Nella normativa vigente manca un esplicito riferimento al principio di ragionevolezza sia nelle disposizioni legislative e, in particolar modo, in quelle della Carta costituzionale. Appare un principio generale del diritto, aperto, dai contorni non rigidamente e definitivamente delineati, ma duttile e a disposizione dei giudici per un pregnante controllo sull'attività amministrativa discrezionale e sulle derive dell'eccesso di potere<sup>28</sup>.

Il principio di ragionevolezza può, pertanto, essere inquadrato tra gli strumenti atti a sindacare ed a circoscrivere la discrezionalità<sup>29</sup> atto a costituire una vera e propria deontologia della discrezionalità<sup>30</sup>.

È stato osservato come spesso il richiamo alla ragionevolezza – al di là delle diverse qualificazioni – favorisca l'apertura dello scrutinio a valutazioni di carattere sostanziale<sup>31</sup>.

Viene a tal proposito richiamata la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 3 del 1993, ove si legge che il punto di equilibrio tra le tante esigenze contrapposte che occorre considerare nell'ambito delle decisioni, connotate dalla più ampia discrezionalità, relative alla regolamentazione delle zone pedonali e a traffico limitato, deve essere raggiunto in base a una valutazione da cui si evinca la “ragionevolezza” del sacrificio dell'uno o altro degli interessi in gioco. Anche in questo caso, peraltro, la ragionevolezza di tale sacrificio si risolve per il Consiglio di Stato nella non contraddittorietà delle misure assunte, tornando pertanto all'applicazione di un criterio di logicità della scelta. Inoltre, il riferimento alla ragionevolezza del sacrificio, quindi alla sua accettabilità, fa riemergere il problema del rapporto con il principio di proporzionalità. Sia il Consiglio di Stato, sia il TAR del Lazio utilizzano buoni argomenti, ma la metafora del bilanciamento tra interessi, valori etc. non riesce a nascondere che di argomenti di merito si tratti<sup>32</sup>.

27. F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza nelle decisioni giurisdizionali e giudice amministrativo*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 17/2018, p. 5; F. MERUSI, *Ragionevolezza e discrezionalità amministrativa*, cit., per il quale la ragionevolezza amministrativa ha molte facce, in quanto molte sono le possibili manifestazioni del potere discrezionale.

28. F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza*, cit., p.7.

29. Cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 31 gennaio 2005 n. 256; TAR Valle d'Aosta, 24 settembre 2004 n. 97; Consiglio di Stato, sez. VI, 28 giugno 2004 n. 4532.

30. G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in *Dizionario amministrativo*, Milano, 1983, I, p. 200 ss., che riconduce alla “deontologia della discrezionalità amministrativa” i “tre principi cardine” dell'agire pubblico: la esatta e compiuta informazione, la logicità, la coerenza.

31. F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza*, cit., p.16.

32. F. ASTONE, *Principio di ragionevolezza*, cit., p.16.

## 5. L'interesse delle future generazioni e la giustizia climatica

La sentenza in commento si inserisce indubbiamente in un dibattito metagiuridico più ampio che investe anche e soprattutto temi e problematiche attuali supportati da un'ampia base filosofica.

La nostra epoca, definita Antropocene “*a differenza del Pleistocene, dell'Olocene e di tutte le epoche precedenti [...] è caratterizzata anzitutto dall'impatto dell'uomo sull'ambiente*”<sup>33</sup>.

Si tratterebbe, in estrema sintesi, di un'età caratterizzata dall'origine antropogenica dei cambiamenti degli equilibri terrestri (climatici, geologici, chimici e biologici)<sup>34</sup>. In particolare, la parola “Antropocene” indica l'epoca geologica attuale in cui l'uomo è in grado di indirizzare e modificare tutti gli equilibri del pianeta Terra, siano essi climatici, chimici, geomorfologici, biologici<sup>35</sup>. Si tratterebbe in sostanza dell'epoca attuale nella quale l'uomo e le sue attività rappresentano la causa principale delle modifiche ambientali, sul piano territoriale, strutturale e climatico. Naturalmente, i cambiamenti climatici sono l'effetto più evidente in grado di caratterizzare la nostra epoca come Antropocene<sup>36</sup>.

Per comprendere come è cambiata la relazione fra l'uomo e la natura, alcuni<sup>37</sup> sottolineano che, mentre in passato l'uomo si sentiva parte della natura, di cui ammirava la bellezza, forte del potere acquisito con la “*tecnica*” l'uomo ha cambiato oggi la sua percezione: la natura adesso è considerata un grande contenitore da sfruttare per ottenere dei vantaggi sempre maggiori. Esempio di questo passaggio di prospettiva è il cambiamento della percezione del fiume Reno, prima rappresentato nel suo splendore naturale nell'inno di Hölderlin, poi considerato un oggetto da sfruttare dalla moderna centrale elettrica costruita sulla sua riva.

Il legislatore per tutelare l'ambiente e limitare i danni dell'uomo sull'ambiente è intervenuto con legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1<sup>38</sup>.

33. P.J. CRUTZEN, *Benvenuti nell'Antropocene! L'uomo ha cambiato il clima. La terra entra in una nuova era*, Milano, 2005, p. 25.

34. Sul tema cfr. D. AMIRANTE, *Costituzionalismo ambientale. Atlante giuridico per l'Antropocene*, Bologna, 2022; E. PADOA-SCHIOPPA, *Antropocene. Una nuova epoca per la Terra, una sfida per l'umanità*, Bologna, 2021; J. PURDY, *After Nature. A Politics for the Anthropocene*, Cambridge, 2015; W. F. RUDDIMAN et al., *Defining the Epoch We Live in. Is a Formally Designated «Anthropocene» a Good Idea?* in *Science*, 2015, Vol. 348, n. 6230, p. 38 ss.

35. E. PADOA-SCHIOPPA, *Antropocene*, cit., p. 15.

36. A. LO GIUDICE, *Antropocene e giustizia climatica. L'importanza di un'etica delle responsabilità*, in A. ANDRONICO, M. MELI (a cura di), *Diritto e antropocene. Mutamenti climatici e trasformazioni giuridiche*, Milano, 2020, p. 114.

37. M. HEIDEGGER, *La questione della tecnica*, in *Saggi e Discorsi*. Milano, 2001, p. 5-27.

38. Legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, recante Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente, in GU n. 44 del 22 febbraio 2022.

Alcuni si sono anche chiesti quale possa essere l'utilità di un tale intervento nel senso che la tutela dell'ambiente era già presente in Costituzione e dunque la sua "codificazione" è sostanzialmente inutile<sup>39</sup>. Altri hanno posto l'accento più sul carattere simbolico dell'intervento costituzionale<sup>40</sup>. Partendo dal presupposto che nell'odierno dibattito i cambiamenti della natura investono prevalentemente il punto di vista etico alcuni si sono chiesti<sup>41</sup> qual è il limite che l'essere umano non dovrebbe mai superare affinché la sua azione non causi dei danni irreversibili alla natura distruggendo il suo equilibrio? Dov'è la soglia che delimita la misura dell'agire e oltre la quale si verifica l'eccesso che conduce alla tragedia e alla catastrofe? Secondo alcuni<sup>42</sup> il principio che deve regolare le nostre decisioni etiche è la responsabilità<sup>43</sup>.

39. Cfr. per i commenti sulla riforma, G. ALPA, *Note sulla riforma della Costituzione per la tutela dell'ambiente e degli animali*, in *Contratto e impresa*, n. 2/2022, p. 361 ss., spec. p. 365; R. BIFULCO, *Prmissime riflessioni intorno alla l. cost. 1/2022 in materia di tutela dell'ambiente*, in *Federalismi.it*, 6 aprile 2022 (paper), p. 2-3 e ID., *Ambiente e cambiamento climatico nella costituzione italiana*, in *Rivista AIC*, 3/2023, p. 132-147; P. CARPENTIERI, G. SEVERINI, *Sull'inutile, anzi dannosa modifica dell'art. 9 della Costituzione*, in *Giustiziainsieme.it*, 22 settembre 2022; M. CECCHETTI, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione e il valore costituzionale dell'ambiente: tra rischi scongiurati, qualche virtuosità (anche) innovativa e molte lacune*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, n. 3/2021, p. 287 ss.; F. CORTESE, *Sulla riforma degli artt. 9 e 41 Cost.: alcune osservazioni*, in *Rivista Giuridica AmbienteDiritto.it*, n. 4/2022, p. 1 ss., spec. p. 2.; M. CECCHETTI, *La riforma degli articoli 9 e 41 Cost.: un'occasione mancata per il futuro delle politiche ambientali?* in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2022, p. 352 ss. e ID. *Virtù e limiti della modifica degli articoli 9 e 41 della Costituzione*, in *Corti Supreme e Salute*, n. 1/2022, p. 132; M. CAVINO, *La revisione degli articoli 9 e 41 della Costituzione nel quadro dei principi supremi*, in *Passaggi costituzionali*, n. 1/2022, p. 21 ss. e, ivi, Q. CAMERLENGO, *Ambiente e Costituzione: speranza e disincanto*, p. 17 ss.; C. DE FIORES, *Le insidie di una riforma pleonastica. Brevi note su ambiente e Costituzione*, in *Costituzionalismo.it*, n. 2/2021, p. 150 ss.; L. CASSETTI, *Salute e ambiente come limiti "prioritari" alla libertà di iniziativa economica?*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021 (paper); F. FRACCHIA, *L'ambiente nell'art. 9 della Costituzione: un approccio in "negativo"*, in *Dir. econ.*, 1/2022, p. 5 ss.; E. FROSINI, *La Costituzione in senso ambientale. Una critica*, in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021 (paper); R. MONTALDO, *La tutela costituzionale dell'ambiente nella modifica degli artt. 9 e 41 Cost.: una riforma opportuna e necessaria?*, in *Federalismi.it*, n. 13/2022, p. 195 ss.; A. MORRONE, *L'"ambiente" nella Costituzione. Premesse di un nuovo "contratto sociale"*, in *La riforma costituzionale in materia di tutela dell'ambiente. Atti del Convegno 28 gennaio 2022, Napoli, 2022*; D. PORENA, *"Anche nell'interesse delle generazioni future". Il problema dei rapporti intergenerazionali all'indomani della revisione dell'art. 9 della Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 15/2022; G. CHIOLA, *La Costituzione ambientale in Italia: un tentativo di costituzionalizzare il diritto della natura oppure un problematico rafforzamento dei riconoscimenti esistenti?*, in *Nomos*, n. 2/2022; F. RESCIGNO, *Quale riforma per l'art. 9 Cost.* in *Federalismi.it*, 23 giugno 2021 (paper).

40. G. SANTINI, *Costituzione e ambiente: la riforma degli artt. 9 e 41 Cost.*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2/2021, p. 480.

41. P. PIREDDA, *Il principio responsabilità di Hans Jonas nell'era dell'Antropocene*, in *Culture della Sostenibilità*, Anno IX - N. 18/2016 - II semestre, p. 37.

42. H. JONAS, *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 1993.

43. Per un approfondimento sul fondamento filosofico cfr. A. LO GIUDICE, *Antropocene e giustizia climatica*, cit., p. 109-127; P. PIREDDA, *Il principio responsabilità di Hans Jonas*, cit., p. 36-45.

In estrema sintesi è stato registrato<sup>44</sup> che il principio di responsabilità nei confronti delle generazioni future si nutre della paura, nel senso dell'apprensione per la vulnerabilità di chi ancora non esiste (sul modello dell'etica della responsabilità del genitore). Una paura che dovrebbe condurre a un'azione pubblica prudente, che interviene in via precauzionale, così come sancito, ad esempio, nel principio 15 della Dichiarazione di Rio<sup>45</sup>: *“Al fine di proteggere l'ambiente, gli Stati applicheranno largamente, secondo le loro capacità, il metodo precauzionale. In caso di rischio di danno grave o irreversibile, l'assenza di certezza scientifica assoluta non deve servire da pretesto per differire l'adozione di misure adeguate ed effettive, anche in rapporto ai costi, dirette a prevenire il degrado ambientale”*<sup>46</sup>.

In sostanza il principio della responsabilità enucleato da Jonas si rivolge prevalentemente alla politica pubblica e non direttamente al comportamento dei privati. Verosimilmente, da un punto di vista filosofico il principio della responsabilità nei termini accennati è stato alla base della riforma costituzionale<sup>47</sup>.

È stato rilevato<sup>48</sup> come l'etica della responsabilità si oppone all'antropocentrismo poiché non contrappone il bene dell'uomo a quello della natura e non favorisce il primo a danno del secondo, ma vede *“nella difesa della natura la salvaguardia stessa dell'esistenza umana, dal momento che non può darsi un benessere umano senza una natura integra”*<sup>49</sup>. In sintesi, il principio suggerisce all'uomo di agire *“in modo che le conseguenze della tua azione siano compatibili con la permanenza di un'autentica vita umana sulla terra”*<sup>50</sup>.

Accanto al tema della responsabilità generazionale si sviluppa il tema della giustizia climatica<sup>51</sup>. Quest'ultima solleva elementi di tensione etica tutt'altro che trascurabili. È stato osservato<sup>52</sup> che i benefici derivanti dalle misure di riduzione delle emissioni climalteranti saranno goduti, pressoché, solo a distanza di decenni da “chi verrà dopo”; i relativi costi, al contrario, sono per intero posti a carico delle generazioni presenti.

Il tema – anche sul piano del “dilemma” su cui sono chiamati a confrontarsi i decisori politici – non sembra poi così banale. Ancora, si pone poi il problema di collocare i severi oneri di riduzione

44. A. LO GIUDICE, *Antropocene e giustizia climatica*, cit., p. 123.

45. Dichiarazione di Rio sull'ambiente e lo sviluppo, Rapporto della Conferenza delle Nazioni Unite sull'ambiente e lo Sviluppo (Rio de Janeiro, 3-14 Giugno 1992).

46. A. LO GIUDICE, *Antropocene e giustizia climatica*, cit., p. 123.

47. Legge costituzionale 11 febbraio 2022, n. 1.

48. P. PIREDDA, *Il principio responsabilità di Hans Jonas*, cit., p. 44.

49. M. L. FURIOSI, *Uomo e natura nel pensiero di Hans Jonas*, Milano, 2003, p. 68.

50. H. JONAS, *Il principio di responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Torino, 2002, p. 16.

51. M. MAGRI, *Il 2021 è stato l'anno della “giustizia climatica”?*, in *Ambienteditrito.it*, n. 4/2021, p. 2; D. PORENA, *Giustizia climatica e responsabilità intergenerazionale*, in *Rivista AIC*, 3/2023, 186-216; G. VIVOLI, *L'insostenibile leggerezza degli obiettivi climatici: come gli impegni assunti dagli stati vengono presi sul serio dai giudici*, in *Ambienteditrito.it*, n. 1/2022.

52. Cfr. la bibliografia ivi richiamata D. PORENA, *Giustizia climatica*, cit., p.196.

delle emissioni sulle generazioni presenti, a beneficio di quelle future, malgrado le responsabilità dell'alterazione del clima ricadano, almeno in buona parte, su generazioni passate<sup>53</sup>.

Partendo dal presupposto che le evidenze scientifiche – più che occupare autentici spazi di “riserva” – sembrano a tratti poter assumere, nel campo che ci occupa, i caratteri di quello che, nel ragionamento giudiziale, rappresenta il fatto notorio posto alla base della decisione<sup>54</sup> alcuni hanno osservato<sup>55</sup> che la riduzione degli spazi di discrezionalità legislativa dipenda non solo dalle risultanze *fattuali* illustrate dalle evidenze scientifiche ma, anche, dalle stesse limitazioni e prescrizioni che, sul piano internazionale, sovranazionale e, via via, costituzionale gli stati hanno deciso di assumere a proprio carico. Dunque, come sembra nella decisione in commento, le evidenze scientifiche giocano un ruolo tutt'altro che trascurabile nel sottrarre spazi di discrezionalità amministrativa agli organi decisori della PA oltre che giurisdizionali.

Quanto osservato fino a questo punto concerne la posizione del cittadino che si sente leso da un atto amministrativo, in questo caso generale come la ZTL. In prospettiva futura non è escluso che, passando per il citato art. 9 Cost. che tutela gli *ecosistemi*, come anche l'*interesse delle generazioni future*, si potrà registrare un aumento di controversie eventualmente introdotte innanzi al giudice amministrativo – ma anche Costituzionale – in relazione alla congruità delle misure previste per il raggiungimento degli obiettivi di medio e lungo periodo a difesa della giustizia climatica ed in particolare ci si riferisce alle controversie che dovessero essere introdotte da associazioni ambientaliste, la cui legittimazione a ricorrere innanzi al giudice amministrativo per l'annullamento di atti illegittimi è riconosciuta, come noto, dalla l. 8 luglio 1986 n. 349.<sup>56</sup>

A tal proposito risulta attualmente pendente innanzi al Tribunale civile di Roma il *climate case* enfaticamente definito nelle descrizioni giornalistiche “Giudizio universale”. L'azione, in estrema sintesi, è rivolta a ottenere la condanna dello Stato italiano alla riduzione delle emissioni di CO<sub>2</sub>, entro il 2030, del 92% rispetto ai livelli registrati nel 1990<sup>57</sup>.

## 6. Smart city

Abbiamo visto come il criterio di ragionevolezza e proporzionalità serva a trovare un giusto equilibrio fra le politiche ambientali e i diritti riconosciuti ai cittadini. Nel caso della sentenza in commento il diritto alla circolazione.

Tuttavia, complice anche il nuovo assetto costituzionale con la recente riforma dell'art. 9 e 41, la sentenza in commento ha affermato che la parziale compressione della libertà di locomozione e di iniziativa economica è sempre giustificata quando scaturisce dall'esigenza di tutela rafforzata

53. D. PORENA, *Giustizia climatica*, cit., p. 196.

54. M. CARDUCCI, *La ricerca dei caratteri differenziali della “giustizia climatica”*, in *DPCE online*, n. 2/2020, p. 1360.

55. D. PORENA, *Giustizia climatica*, cit., p. 210.

56. Cfr., in questi termini, D. PORENA, *Giustizia climatica*, cit., p. 213.

57. Sullo stato del contenzioso cfr. L. BUTTI, S. NESPOR, *Il diritto del clima*, Milano, 2022, p. 252 ss.



di patrimoni culturali ed ambientali, tenendo presente che la gravosità delle limitazioni trova comunque giustificazione nel valore primario ed assoluto riconosciuto dalla Costituzione all'ambiente, al paesaggio ed alla salute.

Posta in questi termini sembrerebbe che la tutela ambientale paesaggistica e alla salute abbia dei tratti onnivori rispetto agli altri diritti.

Considerando che la ZTL è un provvedimento amministrativo generale e discrezionale della PA che comunque riduce al massimo la libertà di circolazione con il mezzo privato ci possiamo chiedere se questo strumento – la ZTL – sia proporzionale e ragionevole – rispetto al proprio scopo che è rappresentato dalla tutela ambientale alla salute e all'ambiente – rispetto ad altri strumenti a disposizione meno invasivi e probabilmente più efficaci.

È stato osservato<sup>58</sup> che il rispetto del principio di proporzionalità dovrebbe tradursi in un duplice obbligo per l'amministrazione procedente: di esplorare in sede istruttoria tutte le soluzioni possibili scegliendo quella meno gravosa per la libertà di circolazione; di motivare nel modo più dettagliato e puntuale il criterio di bilanciamento che è stato adottato tra la necessità di provvedere in un certo modo ed i diritti dei cittadini<sup>59</sup>. Vi è una sorta di divieto di inutile restrizione delle situazioni soggettive dei cittadini, divieto che deve essere ancora più stringente in una materia nella quale i provvedimenti autoritativi incidono su una libertà (libertà di circolazione che attiene alla vita di relazione<sup>60</sup>).

Cioè, si poteva chiedere un sacrificio minore – e dunque più proporzionato e ragionevole – al cittadino e più efficace al raggiungimento della tutela ambientale, paesaggistica e della salute?

Il rispetto del principio di proporzionalità dovrebbe tradursi nell'obbligo per l'amministrazione procedente di esplorare in sede istruttoria tutte le soluzioni possibili scegliendo quella meno gravosa per la libertà di circolazione.

Oltre all'utilizzo dell'IA<sup>61</sup> come strumento per uno sviluppo sostenibile e ambientale<sup>62</sup>, nel caso di specie, una valida alternativa alla rigidità delle ZTL è costituita dalla creazione, implementa-

58. M. FRASCHINA, *Il "diritto alla mobilità" e la tutela dell'ambiente*, in *Rivista giuridica della circolazione e dei trasporti*, reperibile alla seguente pagina web: [https://rivistagiuridica.aci.it/fileadmin/Documenti/Articolo\\_\\_Fraschina\\_IL\\_\\_DIRITTO ALLA MOBILITA\\_\\_E LA TUTELA DELL AMBIENTE\\_02.pdf](https://rivistagiuridica.aci.it/fileadmin/Documenti/Articolo__Fraschina_IL__DIRITTO ALLA MOBILITA__E LA TUTELA DELL AMBIENTE_02.pdf).

59. A. BONAZZI, *Le motivazioni degli atti amministrativi in materia regolata dal Codice della strada* in *Arch. Giur. Circ.* 2001, p. 359.

60. P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 172.

61. Cfr. A. PIROZZOLI *Intelligenza artificiale, sviluppo sostenibile e ambiente*, in *Consulta online*, I, 2024, p. 119 secondo cui: *“L'AI può essere utilizzata, ad esempio, per il monitoraggio e la raccolta di dati ambientali in modo più efficiente rispetto ai metodi tradizionali. L'impiego di sensori e telecamere intelligenti consente di rilevare e misurare inquinanti atmosferici come PM 2,5 e PM 10, monitorare la qualità dell'aria, il livello di rumore, le emissioni veicolari, il consumo idrico, la deforestazione e altro ancora. I dati raccolti possono essere elaborati in tempo reale per identificare fonti di inquinamento, modelli di degrado ambientale o anomalie che richiedono un'azione immediata. Questo fornisce una visione più precisa e completa dello stato dell'ambiente e permette di prendere decisioni informate per la gestione e la protezione delle risorse naturali”*. L'Autore, alla nota 33, rinvia anche un'analisi dettagliata del contributo dell'intelligenza artificiale nel raggiungimento dei singoli obiettivi di sviluppo sostenibile (SDGs) delle Nazioni Unite, al Rapporto *“L'intelligenza artificiale per lo sviluppo sostenibile”*, pubblicato



zione delle *smart city*. Queste rappresentano anche una valida alternativa costituendo verosimilmente misure più ragionevoli e proporzionali rispetto alla limitazione del traffico imposta in maniera totale.

L'obiettivo dichiarato di queste politiche, che si sviluppano nelle *Smart city*<sup>63</sup>, particolarmente sensibili alle tematiche ambientali, è quello di creare le condizioni opportune per stimolare investimenti in soluzioni energetiche integrate e innovative, in armonia con il principio dello sviluppo sostenibile<sup>64</sup>.

Il terreno elettivo di queste politiche è rappresentato dalla città, ovvero l'ente territoriale di governo più vicino alle esigenze ed ai bisogni di una data collettività e, per questo, astrattamente più idoneo a provvedere al relativo soddisfacimento. Si tratta, in altre parole, di un'applicazione del più generale principio di prossimità, in base al quale le decisioni devono essere prese nella maniera il più possibile vicina ai cittadini<sup>65</sup>.

In questo quadro, ha assunto una crescente importanza l'impiego delle nuove tecnologie digitali, non solo quelle relative alla gestione ed al trattamento delle informazioni (ICT), ma anche quelle adoperate per migliorare la logistica, il traffico urbano e la mobilità degli abitanti. L'utilizzo degli algoritmi si è, infatti, indirizzato verso la gestione delle infrastrutture di mobilità e le politiche ambientali. A tal proposito recenti indicazioni suggeriscono di "educare" l'intelligenza artificiale al rispetto dell'ambiente facendo in modo che le scelte suggerite dall'algoritmo propongano azioni con impatto ambientale minore e che garantiscano una soddisfacente compatibilità ambientale<sup>66</sup>.

da CNR Edizioni il 30 giugno 2021, e realizzato da Ong 2.0, dall'Associazione Italiana per l'Intelligenza Artificiale (AIXIA), dall'Associazione Comunità, Impegno, Servizio, Volontariato (CISV) e il Dipartimento di Informatica dell'Università degli Studi di Bari Aldo Moro.

62. C. FINOCCHIARO, *Intelligenza artificiale e transizione ambientale: riflessioni e possibili scenari*, in *Consulta online*, I, 2025, p. 99-112, A. PIROZZOLI *Intelligenza artificiale*, cit., p.111-122.

63. E. FERRERO, *Le Smart Cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro Amministrativo (Il)*, fasc. 4, 2015, p. 1267.

64. Per un approfondimento con particolare riferimento allo sviluppo sostenibile cfr. C. VIDETTA, *Lo sviluppo sostenibile dal diritto internazionale al diritto interno*, in R. FERRARA, M.A. SANDULLI (a cura di), *Trattato di diritto dell'ambiente*, Milano, 2014, I, p. 221- 270 (spec. 235) e F. FRACCHIA, *Il principio dello sviluppo sostenibile*, in M. RENNA, F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 433- 451.

65. E. FERRERO, *Le Smart Cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro Amministrativo (Il)*, fasc.4, 2015, p. 1267.

66. Si veda *Orientamenti etici per un'IA affidabile*, Punto 84: "IA sostenibile e rispettosa dell'ambiente": "Sebbene il contributo dei sistemi di IA alla soluzione di alcuni dei problemi sociali più preoccupanti sia promettente, si deve garantire che ciò avvenga il più possibile nel rispetto dell'ambiente. Il processo di sviluppo, distribuzione e utilizzo del sistema, così come l'intera catena di approvvigionamento, dovrebbero essere valutati secondo questa prospettiva, ad esempio tramite un esame critico dell'uso delle risorse e del consumo energetico durante la fase di addestramento, scegliendo le opzioni meno dannose e incoraggiando le misure che garantiscano la compatibilità ambientale dell'intera catena di approvvigionamento del sistema di IA". Gli *Orientamenti etici* – pubblicati nel 2019 e redatti dal Gruppo Indipendente di Esperti ad Alto Livello sull'IA istituito dalla Commissione europea nel 2018 – sono consultabili alla seguente pagina web: <https://op.europa.eu/it/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8c1f-01aa75ed71a1>.

Per conseguire l'obiettivo della neutralità climatica dovrà essere riconosciuta l'importanza della digitalizzazione a garanzia della modernizzazione dell'intero sistema dei trasporti.<sup>66</sup>

In linea di principio, il concetto *“di Smart city è utilizzato per indicare una città caratterizzata dall'integrazione tra strutture e mezzi tecnologicamente avanzati, proiettata verso politiche di crescita sostenibile al fine di ottenere un miglioramento degli standard qualitativi della vita umana.*

*La città intelligente può infatti essere esaminata anche sotto il profilo della semplificazione amministrativa, laddove la tecnologia può essere intesa come strumento efficace di eliminazione delle forme di intermediazione del potere amministrativo”*<sup>68</sup>.

In tema di IA però c'è chi osserva come questa sia innanzitutto energivora: l'uso diffuso dell'intelligenza artificiale richiede potenti infrastrutture informatiche che consumano una quantità significativa di energia<sup>69</sup>. Solo per fornire un ordine di grandezza, basti pensare che il training di una rete neurale convenzionale per l'intelligenza artificiale – utile alla comprensione e all'elaborazione del linguaggio naturale – produce la stessa quantità di anidride carbonica di cinque automobili nel loro ciclo di vita, ossia circa 284 tonnellate di anidride carbonica equivalente<sup>70</sup>.

Secondo altri, *“ironically, the biggest check on AI's power consumption could actually be AI itself”*<sup>71</sup>. La tendenza del legislatore è quella invece di una IA antropocentrica, che garantisca un livello elevato di protezione dell'ambiente<sup>72</sup>.

All'interno del contesto delle *Smart Cities* e all'utilizzo di IA è interessante anche l'ipotesi di chi suggerisce la regolazione dell'accesso ai centri urbani tramite i crediti di mobilità<sup>73</sup>. In buona

67. C. TELESCA, *Riflessioni su sviluppo sostenibile e tutela ambientale nel settore dei trasporti*, in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. XXII, 2024, p. 207.

68. E. FERRERO, *Le Smart Cities nell'ordinamento giuridico*, in *Foro Amministrativo (II)*, fasc.4, 2015, p. 1275.

69. A. PIROZZOLI, *Intelligenza artificiale*, cit., p.113.

70. Si tratta di una stima elaborata dal College of Information and Computer Sciences University of Massachusetts Amherst: E. STRUBELL, A. GANESH, A. MCCALLUM, *Energy and Policy Considerations for Deep Learning in NLP*, in *Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics*, p. 3645 ss. (<https://aclanthology.org/>).

71. M. GILES, *Is AI the Next Big Climate - Change Threat? We Haven't a Clue*, in *MIT Technology Review*, 29 luglio 2019.

72. Cfr. il Regolamento (UE) 2024/1689 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 13 giugno 2024 che stabilisce regole armonizzate sull'intelligenza artificiale e modifica i regolamenti (CE) n. 300/2008, (UE) n. 167/2013, (UE) n. 168/2013, (UE) 2018/858, (UE) 2018/1139 e (UE) 2019/2144 e le direttive 2014/90/UE, (UE) 2016/797 e (UE) 2020/1828 (regolamento sull'intelligenza artificiale) in particolare il considerando 1), 2) oltre che l'art. 1 rubricato oggetto che dispone: *Lo scopo del presente regolamento è migliorare il funzionamento del mercato interno e promuovere la diffusione di un'intelligenza artificiale (IA) antropocentrica e affidabile, garantendo nel contempo un livello elevato di protezione della salute, della sicurezza e dei diritti fondamentali sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, compresi la democrazia, lo Stato di diritto e la protezione dell'ambiente, contro gli effetti nocivi dei sistemi di IA nell'Unione, e promuovendo l'innovazione. Fra i vari studi si rinvia a J. PONCE SOLÈ, Il regolamento dell'Unione Europea sull'intelligenza artificiale, la discrezionalità amministrativa e la riserva di umanità*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2024, p. 825-855.

73. M. SEBASTIANI, *Intervento al Convegno di presentazione del XXI Rapporto ISFORT sulla mobilità degli italiani*, CNEL 26 novembre 2024.

sostanza, anche se vi sono interventi in letteratura<sup>74</sup> e scarse applicazioni pratiche, il modello dei “crediti di mobilità” rappresenta un nuovo paradigma nel trasporto sostenibile che risveglia l’attenzione delle autorità di trasporto, dei viaggiatori e dei fornitori di tecnologia nei confronti delle realtà dei cambiamenti climatici e delle esigenze normative. Si basa sulla premessa di stabilire obiettivi per i GHG, fondamentalmente la produzione di CO<sub>2</sub>, per determinare quanti “crediti” possano spendere i pendolari<sup>75</sup>.

74. C.F. DAGANZO, *A Pareto optimum congestion reduction scheme*, in *Transportation Research Part B: Methodology*, 1995, Vol. 29 (2), p. 139-154; E. VERHOEF, P. NIJKAMP, P. RIETVELD, *Tradeable permits: their potential in the regulation of road transport externalities*, in *Environment and Planning B: Planning and Design*, 1997, Vol. 24 (4), p. 527-548; J.M. VIEGAS, *Making urban road pricing acceptable and effective: searching for quality and equity in urban mobility*, in *Transport Policy*, 2001, Vol. 8 (4), p. 289-294; C. RAUX, *The use of transferable permits in transport policy* in *Transportation Research Part D: Transport and Environment*, 2004, Vol. 9 (3), p. 185-197; K.M. KOCKELMAN, S. KALMANJE, *Credit-based congestion pricing: a policy proposal and the public’s response*, in *Transportation Research Part A: Policy and Practice*, 2005, Vol. 39 (7-9), p. 671-690; P.K. GULIPALLI, S. KALMANJE, K.M. KOCKELMAN, *Credit-based congestion pricing: Expert expectations and guidelines for application*, in *Journal of the Transportation Research Forum*, 2008, Vol. 47 (2), p. 5-19; D. FIORELLO, F. FERMI, S. MAFFI, A. MARTINO, *Mobility rights for urban road pricing: a modelling analysis with a system dynamics approach*, 12th World Conference on Transport Research, Lisbon, 2010.

75. Cfr. DEveloping the MObility CRedits Integrated platform enabling travellers to improve urban TranspOrt Sustainability – progetto di ricerca Democritos finanziato dall’Unione europea consultabile alla seguente pagina web: <https://cordis.europa.eu/article/id/89646-mobility-credits-to-combat-co2-emissions/it>.



## La giurisdizione nelle sub-concessioni dei servizi aeroportuali “*non aviation*”\*

Francesca Di Monaco

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

### Abstract

*Jurisdiction in sub-concessions of non-aviation airport services.*

*This case note, through an analysis of a recent decision by the Corte di Cassazione, explores the governance framework of Italian airport management and the applicable legal provisions, with particular attention to the regulatory regime governing commercial activities conducted within airport premises and to the allocation of jurisdiction in disputes arising from sub-concession relationships concerning such spaces.*

*La presente nota a sentenza, analizzando una recente pronuncia della Corte di Cassazione, esamina il sistema di gestione degli aeroporti italiani e la normativa di riferimento, con particolare attenzione al regime applicabile alle attività commerciali svolte all'interno degli spazi aeroportuali e alla giurisdizione nelle controversie relative ai rapporti di sub-concessione di tali spazi.*

**Keywords:** *Sub-concession – Corte di Cassazione – General principles – Contractual nature – Ordinary Courts*

**Parole chiave:** *Sub-concessione – Corte di Cassazione – Principi generali – Natura negoziale – Giurisdizione ordinaria*

\* Sottoposto a referaggio.

**Sommario** – 1. La fattispecie sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione – 2. La decisione delle Sezioni Unite – 3. La gestione aeroportuale. Inquadramento normativo – 4. Conclusioni.

### **1. La fattispecie sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione**

Le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, con la sentenza n. 23377 del 30 agosto 2024, si sono pronunciate in materia di servizi aeroportuali, ribadendo la natura negoziale delle c.d attività *non aviation* e la giurisdizione del giudice ordinario nelle controversie relative ai rapporti di sub-concessione di spazi situati all'interno del demanio aeroportuale per tali attività commerciali. La vicenda di cui è stata investita la Corte di Cassazione è stata in primo grado sottoposta al vaglio del TAR Sicilia. Nello specifico, la società (Le Antiche Delizie S.r.l.) titolare della sub-concessione per la vendita e la somministrazione di alimenti e bevande presso il lotto n. 20 dell'Aerostazione Fontanarossa di Catania impugnava la manifestazione d'interesse, pubblicata dalla Società Aeroporto Catania S.p.A. (gestore dello scalo aeroportuale), per la riassegnazione del suddetto lotto, nonché il diniego opposto alla richiesta di annullamento in autotutela della predetta manifestazione di interesse avanzata dalla ricorrente. Si costituiva in giudizio la S.A.C. S.p.A., eccependo il difetto di giurisdizione del giudice adito; eccezione accolta dal TAR Sicilia, che dichiarava inammissibile il ricorso, ritenendo la controversia rientrante nella giurisdizione del giudice ordinario.

Avverso tale pronuncia il gestore aeroportuale proponeva appello dinanzi al Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, censurando la decisione di primo grado in punto di declaratoria del difetto di giurisdizione, posto che le controversie relative all'assegnazione di spazi aeroportuali in regime di sub-concessione rientrerebbero nella giurisdizione del giudice amministrativo; ciò alla luce del collegamento strutturale tra la sub-concessione e l'atto autoritativo concessorio, nonché della veste pubblicistica assunta dal concessionario nella gestione dei rapporti derivati di sub-concessione, che imporrebbe di procedere alla scelta del contraente nel rispetto delle regole di trasparenza e di evidenza pubblica (estraneae, invece, ai rapporti di diritto privato).

Il suddetto gravame veniva accolto con la sentenza n. 630 del 29 settembre 2023.

Nello specifico, il giudice di secondo grado ribadiva il proprio consolidato orientamento in materia, sostenendo che, in controversie analoghe, lo stesso Consiglio aveva riconosciuto la sussistenza della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. a) e b), c.p.a., trattandosi di giudizi aventi ad oggetto l'affidamento di sub-concessioni di servizi, accompagnate da concessioni d'uso di spazio pubblico sottoposto alla vigilanza e al controllo dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile.

A sostegno di tale conclusione, specificava che l'affidamento in concessione comporta il trasferimento in uso ad una società di gestione di uno scalo aeroportuale – bene di natura demaniale – che dovrà amministrare e gestire, ai sensi dell'art. 705 del Codice della navigazione, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione.



Tale società potrà poi affidare in sub-concessione aree e spazi aeroportuali ad altri operatori per lo svolgimento di servizi c.d. *aviation* (servizi relativi all'infrastruttura e servizi di assistenza a terra) o c.d. *non aviation* (servizi commerciali non riconducibili all'attività di cui all'art. 119 D.lgs. n. 50 del 2016, come ad esempio servizi di vendita al dettaglio, di ristorazione, di parcheggio ecc.). Questi ultimi, sebbene estranei alle funzioni istituzionali del servizio di aviazione, ne costituiscono comunque un'utilità accessoria e strumentale in favore degli utenti aeroportuali; sicché la natura pubblica del servizio trova fondamento proprio in detta strumentalità allo svolgimento delle funzioni pubbliche istituzionali dell'ente gestore dell'aeroporto.

Nel caso di specie, quindi, in qualità di concessionaria, la S.A.C. S.p.A. agiva quale impresa pubblica tenuta all'espletamento di procedure selettive soggette alla direttiva europea 2014/23/UE, alle norme del Codice dei contratti pubblici e alle regole di trasparenza e di evidenza pubblica, tipiche del rapporto pubblicistico ed estranee ai rapporti di diritto privato.

In sintesi, il giudice di appello chiariva che l'oggetto della gara indetta dal gestore aeroportuale era costituito da un contratto a titolo oneroso con cui la stazione appaltante affidava ad un operatore economico la gestione di un servizio, riconoscendo a titolo di corrispettivo il diritto di gestire il servizio medesimo, con assunzione del rischio operativo in capo al sub-concessionario.

Tali elementi, a detta del giudicante, sono proprio ciò che definisce una concessione di servizi a norma dell'art. 3, comma 1, lett. vv) del Codice dei contratti pubblici e dell'art. 3 lett. b) della direttiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'Unione Europea. Ne conseguiva l'affermata giurisdizione in capo al giudice amministrativo.

A questo punto, la Società Aeroporto Catania S.p.A. proponeva regolamento preventivo di giurisdizione avverso la decisione del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana dinanzi alla Corte di Cassazione, insistendo sul carattere negoziale e non provvedimentale degli atti di gestione di un'attività commerciale *non aviation*.

Con separato ricorso, l'intimata società La. Travel Retail Italia S.r.l. impugnava la medesima pronuncia ai sensi dell'art. 362 c.p.c., denunciando la violazione dell'art. 133 c.p.a. in materia di riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, insistendo per la giurisdizione di quest'ultimo. Anche in questo giudizio, la società titolare della sub-concessione (Le Antiche Delizie) si costituiva con controricorso, eccependo l'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione avverso la sentenza d'appello, invocando la violazione degli artt. 41 c.p.c. e 11, comma 3, c.p.a.

## 2. La decisione delle Sezioni Unite

Con la sentenza in commento la Corte di Cassazione preliminarmente procedeva all'esame dell'eccezione sollevata dalla società Le Antiche Delizie nel giudizio principale, ossia l'inammissibilità del regolamento preventivo di giurisdizione avverso la sentenza d'appello, la quale riconosceva la giurisdizione del giudice amministrativo.

Sul punto, stabiliva che, se considerato come regolamento preventivo di giurisdizione, il ricorso sarebbe inammissibile, poiché – alla luce del tenore dell'art. 41 c.p.c. e secondo un consolidato

orientamento della Corte stessa – tale mezzo di impugnazione costituisce uno strumento preventivo per l'immediata e definitiva soluzione delle questioni attinenti alla giurisdizione. Dunque, non è più proponibile in seguito ad una pronuncia del giudice di merito, pur se limitata alla sola giurisdizione o ad altra questione processuale, atteso che *“la risoluzione della questione di giurisdizione può essere rimessa al giudice processualmente sovraordinato, secondo l'ordinario svolgimento del processo”*<sup>1</sup>. Tuttavia, la Cassazione riteneva altrettanto incontestabile la circostanza per la quale la statuizione sulla giurisdizione è stata assunta in sede d'appello dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana e che, pertanto, avverso di essa la ricorrente avrebbe potuto adire la Corte di Cassazione per questioni attinenti la giurisdizione nei termini prescritti dall'art. 325, comma 2, c.p.c. Per tale ragione, riteneva sussistenti i presupposti per la conversione del regolamento preventivo in ricorso per Cassazione per motivi attinenti alla giurisdizione, ai sensi dell'art. 362 c.p.c.<sup>2</sup>

Tanto premesso, analizzando il merito dell'impugnazione, la Corte statuiva la sua fondatezza. Anzitutto, ribadiva il consolidato orientamento a norma del quale la giurisdizione si determina sulla base della domanda e, quanto al riparto tra giudice ordinario e amministrativo, ciò che rileva non è la prospettazione della parte, ma il cd. *petitum* sostanziale, da identificarsi non soltanto in funzione della concreta statuizione chiesta al giudice, ma piuttosto sulla base della *causa petendi* (ossia della natura intrinseca della posizione dedotta in giudizio e individuata in relazione ai fatti posti a fondamento della pretesa attorea e al rapporto giuridico cui gli stessi fanno riferimento). In secondo luogo, il giudice adito accoglieva la tesi sostenuta dalla ricorrente e dunque affermava la natura privatistica del rapporto posto a fondamento della controversia, in quanto l'atto già impugnato dinanzi al TAR<sup>3</sup>, sarebbe solo un *“mero atto negoziale e non un provvedimento amministrativo, relativo alla sub-concessione di spazi interni aeroportuali per l'esercizio di attività commerciali non-aviation, e come tale non assoggettabile all'applicazione del codice dei contratti pubblici”*.

A sostegno di tale statuizione, la Cassazione richiamava una controversia interessante la medesima SAC, vertente su questione analoga – ovvero sulla assegnazione in regime di sub-concessione di spazi da destinarsi ad attività commerciali *non aviation* – nella quale aveva riconosciuto la giurisdizione del giudice ordinario<sup>4</sup>.

In proposito, passava poi ad analizzare le singole attività che vengono normalmente svolte in ambito aeroportuale, distinguendo tra attività c.d. *aviation* (inerenti alle operazioni di volo e ai servizi strumentali e collegati) e attività c.d. *non aviation* (relative a servizi commerciali offerti

1. Pronuncia in commento; nonché, in senso conforme, la Corte richiama: Corte di Cassazione, sez. un., 7 marzo 2007 n. 5193; sez. un., 27 ottobre 2011 n. 22382; sez. un., 27 luglio 2016 n. 15542; sez. un., 18 luglio 2019 n. 19368; sez. un., 28 maggio 2020 n. 10083; sez. un., 3 marzo 2021 n. 5806; sez. un., 19 aprile 2021 n. 10243; sez. un., 17 settembre 2021 n. 25167 e n. 25168; sez. un., 26 ottobre 2021 n. 30111.

2. Corte di Cassazione, sez. un., 2 luglio 2007 n. 14952 e 19 aprile 2021 n. 10243.

3. Ossia l'invito a manifestare interesse per l'assegnazione di aree per l'esercizio di attività *non aviation*.

4. Corte di Cassazione, sez. un., 30 giugno 2023 n. 18610.

ai passeggeri all'interno dell'area aeroportuale). Quanto alle attività *aviation*, la Corte di Cassazione operava una distinzione tra: a) le attività *aviation* in senso stretto, relative alla gestione, allo sviluppo e alla manutenzione delle infrastrutture e degli impianti<sup>5</sup>, all'offerta ai clienti dei servizi e delle attività connessi all'atterraggio e alla partenza degli aeromobili e ai servizi di sicurezza; b) l'*handling*<sup>6</sup> (o servizi di assistenza a terra) inerente alle attività commerciali complementari, accessorie e strumentali alla prestazione di trasporto aereo, svolte in ambito aeroportuale, nonché le operazioni funzionali al decollo e all'approdo degli aerei, alla partenza e all'arrivo dei passeggeri, svolte sia "airside"<sup>7</sup>, sia in "area passeggeri"<sup>8</sup>. Tutte attività assoggettate dal D.lgs. n. 18 del 13 gennaio 1999 a un regime di liberalizzazione regolamentata, in linea con la politica europea di apertura alla concorrenza del mercato del trasporto aereo.

Mentre, rientrano nelle attività *non aviation*: c) il travel retail, cioè il complesso delle attività commerciali al dettaglio offerte ai passeggeri, agli operatori e ai visitatori all'interno dell'aeroporto (negozi, bar, ristoranti etc.); d) le altre attività, svolte sia all'interno dell'area aeroportuale (affissioni pubblicitarie, banche, farmacie, lavanderie, alberghi ecc.) sia all'esterno (a titolo esemplificativo, la gestione dei parcheggi). Tanto chiarito, la Corte, pur richiamando l'orientamento favorevole al riconoscimento della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ex art. 133, comma 1, lettere b) e c), c.p.a. – che valorizza la presenza di un ente tenuto al rispetto di un procedimento ad evidenza pubblica e l'affidamento di un servizio pubblico<sup>9</sup> – riteneva tuttavia che le suddette argomentazioni non fossero sufficienti a mutare il costante orientamento della Corte stessa, secondo cui le controversie relative ai rapporti di sub-concessione di spazi situati all'interno del demanio aeroportuale c.d. *non aviation* spettano alla giurisdizione ordinaria<sup>10</sup>. Ciò perché tali concessioni

5. Elencate all'all. B del D.lgs. 13 gennaio 1999 n. 18.

6. All. A, D.lgs. 18/1999.

7. Imbarco-sbarco di passeggeri, bagagli e merci; bilanciamento degli aeromobili; smistamento e riconcilio dei bagagli; guida al parcheggio; rifornimenti, ecc.

8. Servizi di biglietteria, informazioni, check-in, lost and found, informazioni ecc.

9. "a) perché si tratterebbe di una concessione di servizi e la SAC avrebbe natura di impresa pubblica; b) perché l'ente concedente non sarebbe estraneo al rapporto derivato di sub-concessione, intercorrente tra il concessionario ed il terzo, per lo strutturale collegamento tra le sub-concessioni e l'atto autoritativo concessorio originario, onde anche l'attività negoziale del concessionario si atteggierebbe come una funzione pubblica (cfr. Tar Sicilia-Catania 31 gennaio 2022, n. 288; CGARS 7 giugno 2021 n. 512; CGARS, 8 luglio 2021, n. 674; 7 luglio 2020, n. 549; 23 maggio 2017, n. 221; 2 maggio 2017, n. 205)" (sentenza in commento); "L'applicazione del regime giuridico di cui al libro III c.c.p. è subordinata, dunque, oltre che all'esistenza di un presupposto soggettivo (qualificazione come ente aggiudicatore), anche alla condizione oggettiva inerente al nesso di strumentalità che deve intercorrere tra la disponibilità dei beni e/o servizi oggetto di contratto e l'attività (speciale) che delimita l'ambito di efficacia delle disposizioni in esame." *Funzione pubblica e attività di impresa nella gestione degli aeroporti* in *Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. XXII, 2024, cit., p. 821.

10. "In conformità ai propri precedenti (ex multis, Sez. U, 13 maggio 2020, n. 8849, in tema di affidamento in sub-concessione di parcheggi ad uso pubblico nell'aeroporto di Venezia; 27 febbraio 2017, n. 4884; 6 maggio 2016, n. 9141 18 aprile 2016, n. 7663, con riguardo all'attività di avvolgimento dei bagagli con pellicola protettiva; 29 aprile 2015, n. 8623; 19 dicembre 2012, n. 26823; 25 giugno 2002, n. 9288; 25 giugno 2002, n. 9233), condivisi anche in altre pro-

non rientrano nelle attività strumentali alle operazioni del gestore aeroportuale nei c.d. settori speciali, né nell'elenco tassativo dei servizi di assistenza a terra (strumentali al trasporto aereo), ma costituiscono *“un’attività meramente eventuale, prestata solo su richiesta del cliente e da questi autonomamente remunerata, con la conseguenza che l’affidamento di tale servizio, di natura puramente commerciale, non soggiace alle regole del procedimento ad evidenza pubblica e si risolve in un contratto di diritto privato”*.

Dunque, nel caso di specie, difetterebbero i due requisiti essenziali per l’indizione di una gara pubblica, ossia l’operare in settori speciali e la strumentalità dell’attività oggetto dell’affidamento. Quanto al primo elemento, esso è riconducibile, a norma dell’art. 119 del D.lgs. 50/ 2016, alle sole attività aviation; quanto al secondo, la strumentalità va intesa nel senso di funzionalizzazione alla *“realizzazione degli scopi propri (core business) dell’attività speciale, non potendosi in esso anche inglobare attività di mera natura commerciale, che non rappresentano il necessario strumento realizzativo dei compiti propri del gestore aeroportuale di assistenza a terra dei passeggeri”*<sup>11</sup>. Pertanto, atteso che nell’ipotesi per cui è causa oggetto della concessione è un servizio di vendita di prodotti tipici locali, privo di qualsiasi natura necessaria, strumentale o funzionale nel contesto delle operazioni di assistenza a terra e propedeutiche al trasporto aereo, i suddetti requisiti sono carenti e non può trattarsi di controversia attratta nella giurisdizione del giudice amministrativo<sup>12</sup>.

Peraltro, si tratta di una prestazione meramente eventuale, come già evidenziato dalla stessa Corte a proposito dei servizi analoghi di bar-ristorante, e quindi di servizi di natura commerciale, i quali – sebbene vengano svolti in un’area di pertinenza aeroportuale ad uso esclusivo dei privati e sulla base di un rapporto tra concessionario e terzo, al quale l’amministrazione concedente resta estranea – non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica, risolvendosi in contratti di diritto privato, devoluti alla giurisdizione ordinaria<sup>13</sup>.

*nunche del giudice amministrativo (Cons. Stato 5 dicembre 2022 n. 10634; 31 ottobre 2022, n. 9391; 29 gennaio 2018, n. 590; 18 dicembre 2017, n. 5930; 24 aprile 2017, n. 1892 e n. 1897; Tar Lazio-Roma, sez. III, 21 novembre 2019 n. 13398), [...] la controversia relativa all’affidamento in sub-concessione di spazi, disposto dal gestore aeroportuale, spetti alla giurisdizione ordinaria, non sussistendo i presupposti richiesti dall’art. 133, comma 1, lett. e), c.p.a., ai fini della devoluzione alla giurisdizione amministrativa”*.

11. Corte di Cassazione, sez. un., 13 maggio 2020 n. 8849.

12. *“Sul punto, anzi, questa Corte aveva già rilevato che l’art. 33, secondo comma, lettera d), del D.Lgs. 31 marzo 1998, n. 80 – nel testo sostituito dall’art. 7 della legge 21 luglio 2000, n. 205 – non attrae nell’ambito della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo anche le controversie relative all’affidamento di appalto (nella specie, di lavori di costruzione di un parcheggio multipiano e a raso a beneficio dell’aeroporto di A-F) da parte di soggetto che, pur non tenuto all’applicazione del procedimento di evidenza pubblica, abbia scelto comunque di adottarlo, in tal guisa procedimentalizzando l’individuazione in concreto dell’appaltatore, essendo irrilevante, in mancanza di un obbligo al riguardo, che il bando di gara faccia riferimento alla normativa comunitaria e alla legge quadro in materia di lavori pubblici (così Sez. U, 15 aprile 2005, n. 7800)”*.

13. Corte di Cassazione, sez. un., sentenze 9233 e 9288 del 2002. Inoltre, nei confronti della stessa S.A.C. S.p.A. e alla sub-concessione di aree demaniali all’interno dell’aeroporto di Catania – oltre alla già citata pronuncia del

### 3. La gestione aeroportuale. Inquadramento normativo

Il sistema di gestione degli aeroporti italiani ha subito, nel corso del tempo, una serie di modifiche da parte del legislatore<sup>14</sup>.

Sino al 1993 coesistevano tre modelli organizzativi:

1. gestione statale diretta<sup>15</sup>, secondo cui lo Stato si occupava della realizzazione e manutenzione degli aeroporti e delle relative infrastrutture, sosteneva gli oneri di gestione e ne percepiva i proventi;
2. gestione parziale, attraverso cui lo Stato dava in concessione ad un soggetto – individuato sulla base dei criteri dettati dall'art. 37 del R.D. 30 marzo 1942 n. 327<sup>16</sup> – l'uso dei beni demaniali rientranti nell'area aeroportuale (aerostazione passeggeri e merci<sup>17</sup>), mentre la gestione delle infrastrutture di volo restava di competenza statale;
3. gestione totale, mediante la quale ad un concessionario veniva affidata la gestione di tutte le infrastrutture insistenti sull'area aeroportuale e dei servizi ad esse connessi, con il diritto di riscuotere i guadagni derivanti da tale gestione e i diritti aeroportuali.

Tale sistema è stato riformato dalla legge 24 dicembre 1993 n. 537, che ha individuato come regime concessorio prevalente il modello della gestione totale, al fine di promuovere la privatizzazione degli aeroporti nazionali.

Difatti l'art. 10, comma 13, della suddetta legge prevedeva l'affidamento in concessione, per la durata massima di quarant'anni, della gestione totale delle infrastrutture e dei servizi aeroportuali a società miste<sup>18</sup> costituite a questo scopo e tenute a provvedere al potenziamento delle strutture e dotazioni già esistenti e ad assicurare la fornitura di tutti servizi connessi (*aviation e non aviation*)<sup>19</sup>.

2023 – vi sono altri precedenti in tal senso della Corte di Cassazione, richiamati anche da quest'ultima nella sentenza in commento: Corte di Cassazione, sez. un., 29 aprile 2015 n. 8623, per la locazione di spazi ad uso commerciale; Corte di Cassazione, sez. un., 19 dicembre 2009 n. 26823, sull'annullamento delle delibere e dei contratti di sub-concessione di spazi commerciali all'interno dell'aeroporto, per l'espletamento dell'attività di food and beverage.

14. Per ogni approfondimento si rinvia a M. A. SANDULLI, *Le concessioni aeroportuali di gestione totale fra tradizione e prospettive*, in *Federalismi.it*, n. 13/2014.

15. Prevista dal R.D. 30 marzo 1942 n. 327, c.d. Codice della navigazione.

16. “Nel caso di più domande di concessione, è preferito il richiedente che offra maggiori garanzie di proficua utilizzazione della concessione e si proponga di avvalersi di questa per un uso che, a giudizio dell'amministrazione, risponda ad un più rilevante interesse pubblico”.

17. Intesa quale insieme dei fabbricati di un aeroporto civile, generalmente comprendente gli edifici per i viaggiatori e per il servizio commerciale, l'edificio di comando e per i servizi tecnici, gli edifici per i servizi di sicurezza, le aviorimesse, ecc.

18. A norma del decreto ministeriale di attuazione 12 novembre 1997 n. 521, le società miste assumevano la forma di società di capitali, secondo la disciplina del codice civile, con la possibile partecipazione, in qualità di soci e senza il vincolo della proprietà maggioritaria, degli enti locali e delle camere di commercio, industria e artigianato competenti a livello territoriale.

19. F. SALERNO, *Le gestioni aeroportuali*, Napoli, 2011, p. 39 ss.



Il concessionario doveva essere selezionato mediante procedure ad evidenza pubblica che tenessero conto, in particolare, delle capacità tecnico-finanziarie dei partecipanti alla gara<sup>20</sup>.

Il quadro normativo di riferimento in materia viene poi ad essere completato dal Codice della navigazione, che all'art. 705 definisce il gestore aeroportuale *“il soggetto cui è affidato, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato. L'idoneità del gestore aeroportuale a espletare le attività di cui al presente comma, nel rispetto degli standard tecnici di sicurezza, è attestata dalla certificazione rilasciata dall'ENAC”*; soggetto individuato *“all'esito di selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, previa idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini procedurali fissati dall'ENAC [...]”* (art. 704, comma 2). Tuttavia, le previsioni legislative fin qui esaminate non hanno trovato concreta applicazione, in quanto gli attuali concessionari hanno ottenuto la gestione degli aeroporti senza il previo espletamento della prevista procedura di evidenza pubblica<sup>21</sup>.

Fermo il mancato espletamento di gare pubbliche per l'affidamento della gestione degli aeroporti italiani, appare opportuno comunque evidenziare che le società costituite in seguito all'entrata in vigore della l. 537/1993 sono società finalizzate alla produzione e alla fornitura di un servizio di interesse generale; società che possono assumere la forma di impresa pubblica o società mista e che, in ogni caso, sono titolari di diritti speciali o esclusivi riconosciuti proprio per concessione<sup>22</sup>. Ne deriva che, le medesime sono tenute ad applicare le norme sull'appalto nei settori speciali (libro III del Codice dei contratti pubblici) solo se svolgono una delle attività previste agli artt. 146-152 dello stesso Codice, limitatamente ai contratti funzionalmente strumentali al settore speciale in cui operano<sup>23</sup>.

Dunque, per comprendere se all'attività espletata dalle società di gestione aeroportuale possa applicarsi la disciplina speciale di cui al D.lgs. 36/2023, occorre verificare che l'attività in questione

20. In conformità al decreto d.P.R. 16 settembre 1996, n. 533, *“Regolamento recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali”*.

21. Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, *La gestione aeroportuale*, 2013.

22. L'art. 1, lett. e), Allegato I, c.c.p., stabilisce che sono soggetti titolari di diritti esclusivi o speciali, coloro che hanno diritti concessi dallo Stato o dagli enti locali ovvero da altre pubbliche amministrazioni, attraverso atti di carattere legislativo, regolamentare o amministrativo, adeguatamente pubblicati, aventi l'effetto di riservare a uno o più operatori economici l'esercizio delle attività previste dagli articoli da 146 a 152 del Codice e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri enti di esercitare tale attività.

23. Art. 141, comma 2, c.c.p.; sul punto l'Avcp ha chiarito che la strumentalità intesa come *“diretta finalizzazione dell'attività da appaltare agli scopi propri dell'attività svolta dall'ente aggiudicatore. Pertanto, sono considerati esclusi dall'applicazione delle norme sulla parte terza, e quindi assoggettate alle norme comuni della Parte II del Codice, tutti i contratti di appalto stipulati dall'ente aggiudicatore che non sono strumentali al perseguimento dello scopo tipico, istituzionale, dell'attività che l'ente aggiudicatore svolge nei settori speciali”*.



sia strumentale allo scopo tipico istituzionale, ossia lo sfruttamento dell'area geografica e delle strutture ricomprese nel sedime aeroportuale, al fine di garantire il servizio di aviazione civile alla collettività.

Sul punto, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza delimita il vincolo dell'evidenza pubblica agli affidamenti posti in essere dal gestore per servizi funzionali alla realizzazione dell'attività aerea e per quelli che si pongono in rapporto di diretta strumentalità con essa, chiarendo che *“il concetto di strumentalità va inteso in senso restrittivo, ossia come funzionale alla realizzazione degli scopi propri (core business) dell'attività speciale, non potendosi in esso anche inglobare attività di mera natura commerciale, che, seppure connesse ai servizi di handling, non rappresentano il necessario strumento realizzativo dei compiti propri del gestore aeroportuale di assistenza a terra dei passeggeri”*<sup>24</sup>.

Inoltre, ribadisce che, affinché una controversia in materia di servizi aeroportuali rientri nella giurisdizione amministrativa esclusiva di cui all'art. 133, comma 1, lett. e) del D.Lgs. 2 luglio 2010 n. 104<sup>25</sup>, devono sussistere presupposti di tipo soggettivo e oggettivo.

Deve dunque farsi riferimento a due presupposti:

- a) la presenza di un ente tenuto al rispetto di un procedimento ad evidenza pubblica, cioè un organismo di diritto pubblico o un'impresa pubblica;
- b) l'operare in settori speciali e l'affidare a terzi un'attività strumentale a quella svolta nell'ambito dei settori speciali, valorizzandosi in questo modo il contenuto dell'affidamento.

Quanto al primo requisito, le imprese pubbliche sono definite all'art. 3, comma 28, D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 come quelle imprese sulle quali le amministrazioni aggiudicatrici possono esercitare, direttamente o indirettamente, un'influenza dominante, in quanto ne sono proprietarie o vi detengono partecipazioni finanziarie oppure in virtù delle norme che ne dettano la relativa disciplina. In materia, la normativa civilistica fonda la nozione di impresa sull'art. 2082 del Codice civile<sup>26</sup> e, pur non fornendo una definizione esplicita di impresa pubblica, consente che l'attività imprenditoriale sia svolta anche da soggetti pubblici (siano essi lo Stato o altri enti pubblici), attraverso società controllate o partecipate<sup>27</sup>.

24. Corte di Cassazione, sez. un., 13 maggio 2020 n. 8849.

25. *“le controversie:*

*1) relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”.*

26. *“È imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni o di servizi”.*

27. Sostiene essenzialmente un'equiparazione dell'impresa pubblica con i modelli di società previsti dal Codice civile, come ribadito dall'art. 2449 c.c., riformato in seguito alla sentenza CGUE 6 dicembre 2007, C-463/04 e C-464/04.

Invero, il Codice civile individua diversi tipi di imprese e di imprenditori sulla base di tre criteri: 1) l’oggetto dell’impresa<sup>28</sup>; 2) la dimensione dell’impresa; 3) la natura del soggetto che esercita l’impresa, che determina la distinzione normativa tra impresa individuale, impresa costituita in forma di società e impresa pubblica.

Dunque, da una lettura coordinata delle disposizioni civilistiche e amministrative in materia, si comprende che l’impresa pubblica è un soggetto – tipicamente una società – che esercita professionalmente un’attività economica organizzata al fine di produrre o scambiare beni e servizi, anche attraverso forme societarie a partecipazione pubblica.

La dottrina, dal canto suo, riconosce che il concetto di impresa pubblica si fonda principalmente sulla natura pubblica del soggetto esercente l’attività economica, indipendentemente dalla forma giuridica adottata (ente pubblico economico, società per azioni a capitale pubblico, società in house, ecc.), in quanto il tratto distintivo è costituito dalla titolarità pubblica dell’ente che esercita l’attività, non dalla natura giuridica dell’ente medesimo<sup>29</sup>.

Così definita l’impresa pubblica, è necessario fare riferimento alle imprese operanti nel settore del trasporto aereo.

In particolare, le società pubbliche che agiscono nel suddetto settore sono, nella prassi, società di capitali (tipicamente società per azioni), costituite secondo la disciplina civilistica e cioè mediante atto pubblico previa verifica della capacità dei soci e sottoscrizione integrale del capitale sociale<sup>30</sup>.

28. Artt. 2135 e 2195 c.c. (imprenditore agricolo e commerciale).

29. “[...] le imprese pubbliche; come quelle che, al pari delle imprese private, possono essere assoggettate a programmi e controlli perché la relativa attività “possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali” [...] Fini sociali dell’impresa (di una impresa) si possono considerare i fini (come obiettivi della propria azione) che l’impresa stessa si pone o che ad essa vengono imposti dall’esterno (ad esempio dalla legge o da atti dell’autorità amministrativa) diversi ed ulteriori rispetto a quelli propri della attività imprenditoriale, cioè di una attività economica (intesa alla realizzazione di un profitto) esercitata professionalmente mediante la produzione o lo scambio di beni o di servizi (art. 2082 cod. civ.). Fini cioè, che secondo le esigenze proprie delle attività economiche nelle quali si realizza l’impresa, non verrebbero perseguiti. Le relative azioni non verrebbero poste in essere, perché appunto non necessarie o senz’altro superflue e finanche contrastanti con le finalità proprie dell’impresa; anche soltanto per i mezzi finanziari che vengono distolti, in conseguenza, da codeste finalità. Il perseguimento di fini sociali, da intendere in tal modo, appaiono (si direbbe naturalmente) propri dell’impresa pubblica; cioè dell’impresa che appartiene allo Stato o ad altro pubblico potere (da intendere, nell’ordinamento italiano, secondo la classificazione dell’art. 114, Cost., come enti del governo territoriale) o ad enti pubblici (accomunati ai primi, nell’accezione dell’ordinamento europeo) (8); sulla quale cioè, essi esercitano un’influenza dominante (nel senso stabilito dalla normazione comunitaria e recepito nell’ordinamento interno (art. 2, d.l.vo n. 333/03)”. Così V. CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica*, in *La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione*, in Astrid-online.it, 2009.

30. “La vera e propria fase di costituzione della s.p.a. pluripersonale e unipersonale si svolge davanti al notaio, su iniziativa di: – due o più soggetti che stipulano il contratto di società; – di un unico soggetto che sottoscrive un atto unilaterale di costituzione di società. [...] Il notaio verifica, in primo luogo, la capacità di chi partecipa alla stipulazione dell’atto. [...] Verifica quindi la presenza delle condizioni prescritte dalla legge per costituire la società e cioè (art. 2329 c.c.): 1) la sottoscrizione dell’intero capitale sociale indicato nell’atto costitutivo; 2) l’osservanza delle previsioni di legge relative ai conferimenti [...] 3) le autorizzazioni o le altre condizioni richieste da legge speciali

Il settore del trasporto aereo è considerato strategico e soggetto a regolamentazioni speciali, sia per motivi di ordine pubblico, sicurezza e concorrenza, sia per la rilevanza economica e nazionale e, per tali ragioni, l'attività di un'impresa pubblica in tali settori deve essere strumentale agli interessi generali e alle finalità affidate dall'ente pubblico controllante.

Tale strumentalità fa riferimento al fatto che le attività svolte dalla società di gestione sono funzionali al perseguimento degli scopi istituzionali, in coerenza con le finalità di pubblica utilità e interesse dell'ente che le controlla o che vi partecipa.

Ne deriva che l'impresa pubblica non opera esclusivamente per il profitto, ma mette la propria organizzazione e operatività al servizio di funzioni ritenute strategiche o essenziali per la collettività. In sintesi, la strumentalità delle attività realizzate delle imprese pubbliche si caratterizza per:

- il collegamento funzionale tra l'attività svolta e gli obiettivi pubblici;
- la prevalenza dell'interesse generale sull'interesse privatistico;
- l'assoggettabilità a regimi speciali, controlli pubblici o golden power.

Alla luce delle su esposte argomentazioni, alle società pubbliche che operano in settori speciali, possono essere imposti vincoli aggiuntivi e richiesto il rispetto di normative speciali, ad esempio è necessario ottenere autorizzazioni o concessioni amministrative per l'esercizio dell'attività di trasporto aereo; è fatto obbligo di applicare la normativa nazionale ed europea in materia di concorrenza, servizi pubblici, sicurezza e controllo degli aiuti di Stato; è possibile che la società sia sottoposta a controlli pubblici rafforzati, anche in relazione alla nomina degli organi, alla gestione delle risorse e alla rendicontazione.

A completare il quadro normativo di riferimento, vi è, a livello europeo, la Direttiva 25/2014/UE, che disciplina le procedure di affidamento di contratti da parte di enti erogatori nei settori speciali dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali; disciplina confluita, a livello nazionale, nel Codice dei contratti pubblici, agli artt. 141 e seguenti.

Con riguardo all'ambito soggettivo di applicazione, l'art. 141, prevede che le disposizioni relative agli appalti nei settori speciali si applicano alle stazioni appaltanti o agli enti concedenti che svolgono una delle attività previste dagli articoli da 146 a 152, nonché agli altri soggetti che annoverano tra le loro attività una o più tra quelle previste dai predetti articoli e che operano in virtù di diritti speciali o esclusivi.

Detti soggetti, formalmente privati, devono considerarsi stazioni appaltanti e, pertanto, sono sottoposti al Codice dei contratti pubblici, esclusivamente se operano nell'ambito dei settori speciali e delle attività ad essi strumentali. Pertanto, al di fuori di questi casi, le attività realizzate da queste società o da esse affidati a terzi sono sottoposte unicamente alle regole di diritto comune<sup>31</sup>.

*se la s.p.a. ha un particolare oggetto sociale*" Memento Società commerciali, sez. "Società per azioni", par. "Stipulazione dell'atto costitutivo e dello statuto".

31. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 1 settembre 2011 n. 16; Consiglio di Stato, sez. V, 29 gennaio 2018 n. 590.

In sostanza, gli appalti aggiudicati per scopi diversi dalle attività svolte nei settori speciali sono sottratti alla disciplina pubblicistica e all'applicazione delle regole previste per le procedure di gara.

Punto nodale diventa allora individuare cosa possa essere considerato affidamento di attività strumentale a quella rientrante nel settore speciale.

Se infatti sono facilmente riconducibili all'ambito dei settori speciali i contratti che hanno ad oggetto una delle attività di cui agli artt. 146-152 del D.lgs. 36/2023, è invece più complesso giungere alla medesima conclusione per quei contratti riguardanti attività che non rientrano perfettamente nei settori speciali, ma che comunque sono ad essi collegate per poter garantire una piena e completa erogazione del servizio. È questo il caso del trasporto aereo e delle attività ad esso riferibili, di tipo *aviation* e *non aviation*.

Sul punto, in giurisprudenza vi è stato un lungo dibattito e si sono sviluppate posizioni contrastanti: un primo orientamento valorizzava l'elemento finalistico dell'attività, facendo così applicazione della disciplina pubblicistica e delle regole delle procedure ad evidenza pubblica per qualsivoglia contratto produttivo di utilità per l'attività speciale<sup>32</sup>; un secondo orientamento, più restrittivo, – sviluppatosi anche alla luce delle pronunce europee in materia<sup>33</sup> – ritiene, invece, necessario accertare caso per caso l'esistenza di un nesso di funzionalità effettivo tra l'attività strumentale e quella oggetto del contratto di appalto o di concessione<sup>34</sup>.

Proprio con riferimento alle attività svolte in ambito aeroportuale e alla loro strumentalità alle finalità pubblicistiche perseguite attraverso il trasporto aereo, la Cassazione ha evidenziato in molteplici pronunce che *“l'operare in ‘settori speciali’, nell'ambito degli aeroporti risulta identificabile,*

32. *Ex multis*, TAR Lazio, 8 ottobre 2013 n. 4934. F. APERIO BELLA, *Osservazioni a prima lettura della sentenza Cons. Stato*, sez. VI, 9 marzo 2015, n. 1192. *Sulla giurisdizione competente a conoscere dell'affidamento di spazi aeroportuali da destinare ad attività commerciali*, in *Federalismi.it*, n. 7/20215: “[...] le argomentazioni spese dalla giurisprudenza per sostenere la giurisdizione del giudice amministrativo si distinguono a seconda che l'attività oggetto di affidamento sia: a) considerata in rapporto di strumentalità o “coerenza” rispetto all'handling; (Cons. St., n. 2026/2014) e ricondotta a quelle “relative allo sfruttamento di un'area geografica, ai fini della messa a disposizione di aeroporti”, contemplate dall'art. 213 del d.lgs. n. 163/2006 e dunque assoggettate all'ambito di applicazione della Parte III del Codice (Cons. St., n. 2026/2014); o comunque ricondotta a non meglio specificati “obblighi di servizio pubblico” gravanti sul Gestore (Cons. St., sez. VI, 4 ottobre 2013, n. 490226; Cass. civ., sez. un., 4 novembre 2009, n. 2332227); b) ricondotta alla giurisdizione esclusiva del g.a. sulle controversie aventi ad oggetto atti e provvedimenti relativi a rapporti di concessione di beni pubblici, (TAR Lazio, sez. III-ter, 2 aprile 2013, n. 324628; Id. 16 settembre 2014, nn. 9678 e 9680 e 17 settembre 2014, nn. 9782, 9783 e 977729; Id. 29 maggio 2014, n. 580830; Id. n. 11405/2014, cit., nonché, sia pure sostenendo che la natura demaniale del bene oggetto di subconcessione informerebbe di sé le attività su di esso svolte dal subconcessionario, TAR Veneto, Venezia, sez. I, 30 gennaio 2014, n. 128)”.  
33. Corte di Giustizia dell'Unione Europea, 10 aprile 2008, C-393/06.  
34. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 1 agosto 2011 n. 16, con la quale il Consiglio di Stato ha aderito alla tesi restrittiva, valorizzando il dato della prestazione e intendendo la strumentalità in senso stretto. L'attività, quindi, per poter essere ritenuta strumentale deve porsi “in un rapporto di mezzo a fine all'esercizio dell'attività speciale e realizzare uno scopo omogeneo, e non diverso, rispetto all'esercizio dell'attività istituzionale dell'ente”.

sulla base del D.Lgs. n. 50 del 2016, art. 119, nelle sole attività ‘aviation’, ossia relative allo sviluppo e alla manutenzione delle infrastrutture e degli impianti e nell’offerta ai clienti dei servizi e delle attività connessi all’atterraggio ed alla partenza degli aeromobili, nonché ai servizi di sicurezza aeroportuale<sup>35</sup> e che – come già ricordato – il concetto di strumentalità dell’attività svolta deve essere inteso in senso restrittivo, come funzionale alla realizzazione degli scopi tipici dell’attività speciale, non potendosi in esso ricomprendere servizi di tipo meramente commerciale. Tale orientamento è confermato anche dalla sentenza in commento, a mente della quale l’affidamento di un servizio di natura commerciale, c.d. *non aviation*, dal momento che non costituisce attività strumentale alle operazioni del gestore aeroportuale nel settore speciale, “non soggiace alle regole del procedimento ad evidenza pubblica e si risolve in un contratto di diritto privato”, in relazione al quale l’atto di concessione è soltanto “un antecedente storico”<sup>36</sup>.

Inoltre, la giurisprudenza di legittimità (e la suddetta sentenza) ribadisce la distinzione tra attività *aviation* (inerenti alle operazioni di volo e ai servizi strumentali e collegati) e attività *non aviation* (relative a servizi commerciali offerti ai passeggeri all’interno dell’aeroporto), richiamando il D.lgs. 13 novembre 1999, n. 18, che agli allegati A e B offre un’elencazione dei servizi riconducibili alle due tipologie.

Nello specifico, rientrano tra le attività *aviation*:

- *aviation* in senso stretto, ossia tutte quelle attività proprie del “core business” dell’aeroporto, dunque di supporto all’aviazione dei passeggeri e delle merci, relative alla gestione, allo sviluppo e alla manutenzione delle infrastrutture e degli impianti, all’offerta ai clienti dei servizi e delle attività connessi all’atterraggio e alla partenza degli aeromobili e ai servizi di sicurezza<sup>37</sup>;
- *handling*, attività commerciali complementari, accessorie o strumentali alla prestazione di trasporto aereo, svolte in ambito aeroportuale, nonché le operazioni funzionali al decollo e all’approdo degli aerei, alla partenza e all’arrivo dei passeggeri, svolte sia “airside” (imbarco e sbarco dei passeggeri, dei bagagli e delle merci, bilanciamento degli aeromobili, rifornimenti ecc...) sia in “area passeggeri” (servizi di biglietteria e punti di informazione, check-in, oggetti smarriti ecc.)<sup>38</sup>;

Rientrano, invece, tra le attività *non aviation*:

- *travel retail*, cioè i servizi commerciali al dettaglio offerti ai passeggeri, agli operatori e ai visitatori all’interno dell’aeroporto (negozi, bar, ristoranti ecc.);
- altre attività, svolte sia all’interno dell’area aeroportuale (banche, farmacie, lavanderie, alberghi etc.) sia all’esterno (ad esempio, la gestione dei parcheggi).

35. Corte di Cassazione, sez. un., 13 maggio 2020 n. 8849.

36. Nello stesso senso si era già espressa Corte di Cassazione, sez. un., 30 giugno 2023 n. 18610, che ha affermato la natura privatistica di tali rapporti, con conseguente devoluzione delle relative controversie alla giurisdizione ordinaria.

37. All. B, D.lgs. 18/1999.

38. All. A, D.lgs. 18/1999.

Occorre evidenziare che, relativamente al *travel retail*, le attività commerciali svolte negli aeroporti sono in parte esercitate dagli stessi gestori e in altra parte da soggetti terzi, ai quali vengono affidate mediante sub-concessioni. Con ciò intendendosi atti giuridici attraverso i quali i gestori aeroportuali concedono spazi situati all'interno del demanio aeroportuale in godimento a società o imprese terze, affinché queste ultime vi realizzino servizi commerciali di tipo *non aviation*.

Tendenzialmente, l'affidamento segue a manifestazioni di interesse o avvisi commerciali e dunque a procedure di selezione caratterizzate da ampi margini di discrezionalità in capo al gestore, sia per quanto attiene ai criteri selettivi che alla scelta del contraente. Anche in proposito, la giurisprudenza amministrativa e quella di legittimità manifestano due orientamenti contrastanti in punto di giurisdizione e di procedura selettiva.

Invero, la prima sostiene che anche le attività commerciali sono strumentali all'infrastruttura aeroportuale e funzionali alla realizzazione dell'attività volativa (intesa quale attività di interesse generale) e, proprio per tale ragione, il gestore aeroportuale dovrebbe selezionare il proprio contraente mediante procedure ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi di concorrenza, accesso al mercato, economicità, efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa<sup>39</sup>; la seconda, invece, per costante orientamento, ritiene che i rapporti di sub-concessione di settori aeroportuali in cui vengono svolte attività commerciali non soggiacciono alle regole del procedimento ad evidenza pubblica e si risolvono essenzialmente in contratti di diritto privato sottoposti, di conseguenza, alla giurisdizione del giudice ordinario<sup>40</sup>.

La Corte di Cassazione, infatti, sostiene che tali attività non sono strumentali alle operazioni del gestore aeroportuale nei settori speciali, né rientrano nell'elenco tassativo dei servizi di assistenza a terra (strumentali al trasporto aereo), ma costituiscono attività meramente eventuali, prestate su richiesta del cliente e dal medesimo autonomamente remunerate, sulla base di un rapporto tra concessionario e terzo, al quale l'ente concedente resta estraneo.

Pertanto, venendo a mancare i due requisiti essenziali per l'indizione di una gara pubblica (ossia l'operare in settori speciali e la strumentalità dell'attività oggetto dell'affidamento), la sub-concessione costituisce un rapporto di diritto privato e le relative controversie non possono essere attratte nella giurisdizione del giudice amministrativo<sup>41</sup>.

Tale statuizione è stata da ultimo nuovamente confermata dalla Corte di Cassazione nella sentenza in commento.

39. TAR Sicilia, 31 gennaio 2022 n. 288; e già in senso conforme TAR Lazio, sez. III-ter, 15 febbraio n. 1693).

40. Peraltro, recentemente la stessa giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto l'indirizzo dettato sul punto dalla Corte di Cassazione. Si veda, ad esempio, TAR Calabria, 13 giugno 2019 n. 1212: “Più volte, infatti, le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, dovendo regolare il riparto di giurisdizione, sono state chiamate a pronunciarsi sulla natura dei contratti stipulati tra il concessionario di un servizio pubblico e terzi, con i quali venga attribuita a questi la gestione di servizi di natura commerciale. In tali pronunzie si è escluso che la stipula di tali contratti sia assoggettata alle procedure di evidenza pubblica e, per tale ragione, sia sottoposta alla giurisdizione amministrativa”.

41. Indirizzo seguito anche dalla sentenza oggetto del presente elaborato, così come evidenziato al par. 2.



#### 4. Conclusioni

La presa di posizione delle Sezione Unite rappresenta un importante arresto in materia e mette un punto ad una questione fortemente dibattuta in giurisprudenza.

Difatti la Cassazione, con la sentenza in parola, ribadisce ancora una volta il proprio orientamento quanto alla natura dei servizi *non aviation* e al riparto di giurisdizione nelle controversie relative alle sub-concessioni di servizi commerciali aeroportuali, dando atto della posizione della giurisprudenza amministrativa in materia e chiarendo perché la stessa non è condivisibile.

Secondo il giudice amministrativo, gli spazi dell'aeroporto destinati ad attività commerciali dovrebbero essere affidati mediante procedure ad evidenza pubblica e la giurisdizione in materia spetterebbe allo stesso giudice amministrativo. A sostegno di tale conclusione, vengono valorizzate le circostanze per le quali si tratterebbe di una concessione di servizi e il gestore aeroportuale avrebbe natura di impresa pubblica, non essendo così estraneo al rapporto di sub-concessione (in ragione del collegamento strutturale tra tali sub-concessioni e l'atto autoritativo concessorio originario), per cui anche l'attività negoziale del concessionario si atteggierebbe come espressione di una funzione pubblica.

La Corte di Cassazione, pur richiamando le suddette argomentazioni, ha ritenuto che le stesse non fossero sufficienti a mutare il suo stesso costante orientamento, poiché – come già sottolineato – tali concessioni non rientrano nelle attività strumentali alle operazioni del gestore aeroportuale nei settori speciali<sup>42</sup>, ma costituiscono un'attività meramente eventuale, di natura puramente commerciale, che non giustifica il ricorso a procedure ad evidenza pubblica.

Attesa la divergenza tra gli orientamenti espressi dai due giudici, ben si comprende la necessità di mettere un punto al dibattito giurisprudenziale, anche al fine di chiarire agli operatori aeroportuali la disciplina da seguire quando pongono in essere attività negoziale.

Necessità resa ancora più evidente dalla possibilità che un determinato soggetto ben può assumere la natura di soggetto privato e poi di soggetto pubblico in seguito ad una serie di circostanze, quali il riconoscimento di un diritto speciale o di esclusiva, l'acquisto di partecipazioni da parte dello Stato o di altro ente pubblico in società private che perseguono interessi generali e così via. Da tali situazioni consegue anche una diversa disciplina applicabile al soggetto in questione e la sua assoggettabilità alla disciplina pubblicistica; assoggettabilità che per gli operatori economici dei settori strategici è spesso mutevole, in ragione degli indirizzi giurisprudenziali che si formano sul tema<sup>43</sup>.

42. strumentalità intesa nel già chiarito senso di funzionalizzazione alla realizzazione degli scopi propri (core business) dell'attività speciale, non rintracciabile nelle attività commerciali, che non rappresentano lo strumento tipico di realizzazione dei compiti propri del gestore aeroportuale di assistenza a terra dei passeggeri.

43. *“La portata, piuttosto ampia, della legge, infatti, ha da sempre richiesto un intervento complementare del giudice al fine di portare ad attuazione disposizioni di legge prive di un immediato contenuto precettivo. È il caso di numerosi operatori strategici del nostro Paese, allo stesso tempo, formalmente privati ma chiamati ad erogare servizi*

Pertanto, ai fini della qualificazione e dell'inquadramento normativo di un determinato soggetto, è evidente la necessità di valutare non tanto il suo essere preposto al perseguimento di finalità di pubblico interesse, quanto più l'attività che svolge in concreto e la sua strumentalità all'interesse generale<sup>44</sup>.

Peraltro, nel complesso sistema del trasporto aereo, chiarire la natura dei gestori e delle attività svolte all'interno degli spazi aeroportuali appare essenziale anche per potersi adeguare ai cambiamenti del mercato di riferimento e dare risalto alla volontà di liberalizzazione del settore – espressa dal legislatore già con la legge 537/1993 –, nonché per garantire alle società di gestione di selezionare il soggetto affidatario dei servizi commerciali mediante contratti di diritto privato. Invero, già da diversi anni, si è assistito ad una progressiva crescita degli ulteriori servizi di natura accessoria svolti all'interno degli aeroporti, in aggiunta alle attività riferibili al “core business” delle società di gestione, dalla quale è derivato un aumento del volume di affari e degli introiti degli aeroporti medesimi<sup>45</sup>.

Dalle analisi operate nel settore<sup>46</sup>, infatti, è emerso che la presenza di fonti di reddito accessorie rispetto alla sola attività volativa contribuisca in modo rilevante alla composizione dei guadagni e degli affari dei singoli aeroporti, costituendo un elemento centrale del business aeroportuale. A ciò si aggiunga che, a partire dagli anni Novanta, le realtà aeroportuali hanno subito una notevole evoluzione, cui ha fatto seguito anche una riforma normativa che ha valorizzato il passaggio da un modello di aeroporto strettamente collegato agli aspetti infrastrutturali (a soddisfacimento delle sole esigenze di trasporto), alla concezione di aeroporto quale impresa, i cui guadagni derivano non solo dall'attività volativa in senso stretto, ma anche da altri servizi destinati agli utenti e dagli stessi richiesti.

*di importante rilievo collettivo. Tra tutti, spicca il caso di Trenitalia S.p.A., importante operatore nel settore ferroviario, per la sua posizione, interessato dalle più raffinate analisi giuridiche” e qualificato, in un primo momento, come organismo di diritto pubblico e, in seguito e più correttamente, come impresa privata “possedendo, la società, entrambi i requisiti di detta figura: l’influenza dominante esercitata nei suoi confronti da una stazione appaltante (27) e lo svolgimento di attività economica in regime di concorrenza nel mercato (28)”. Così G. LURIERI, Le infrastrutture nei settori speciali del codice dei contratti pubblici: dubbi interpretativi e prospettive di riforma, in Diritto Amministrativo, n. 1/2025.*

44. M. BOLOGNESI, *Le stazioni appaltanti nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, n. 6/2023.

45. “[...] si può affermare che tra le entrate facenti capo ai gestori aeroportuali rientrano anche i corrispettivi derivanti dalla subconcessione di spazi necessari all'esercizio dell'attività di assistenza a terra (c.d. handling) nonché i ricavi delle attività non aviation, che gli aeroporti maggiori affidano prevalentemente a soggetti terzi e quelli minori svolgono in via diretta” F. APERIO BELLA, *Osservazioni*, cit.

46. L'AVCP evidenziava tale aspetto già nel rapporto “*La Gestione Aeroportuale*” del 2013; si vedano in proposito anche i rapporti dell'Osservatorio sull'impatto economico degli aeroporti milanesi, gli studi di settore di Cassa Depositi e Prestiti (“*Il sistema aeroportuale italiano – Luglio 2010*”), le relazioni annuali e semestrali dei singoli aeroporti (es. “*Relazione finanziaria consolidata semestrale al 30 giugno 2021*”, Aeroporti di Roma).

Dunque, la sentenza n. 23377/2024 appare in linea con le modifiche legislative in materia e con le esigenze del mercato aeroportuale.

Difatti, affermando la natura privatistica del rapporto posto a base della controversia – in quanto si tratta di un atto negoziale e non di un provvedimento amministrativo, che, come tale non è assoggettabile all'applicazione del Codice dei contratti pubblici – la Corte di Cassazione ribadisce che le società di gestione degli aeroporti non sono tenute a indire gare pubbliche per l'assegnazione di spazi aeroportuali nei quali svolgere attività di mera natura commerciale, poiché prive dei caratteri di strumentalità o funzionalizzazione alle operazioni di assistenza a terra e propeutiche al trasporto aereo.

Ne consegue che, le suddette società, ai fini dell'affidamento degli spazi aeroportuali destinati allo svolgimento di attività *non aviation*, porranno in essere attività negoziale disciplinata dal diritto privato, che consentirà loro di agire più rapidamente e di coprire un più ampio spazio di servizi richiesti dai passeggeri, con tutto ciò che ne deriva in termini di guadagni, di immagine e di competitività del singolo aeroporto.

Alla luce delle esposte considerazioni, si comprende l'importanza di una pronuncia che chiarisce in maniera netta il regime applicabile alle attività commerciali svolte all'interno degli aeroporti.



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





## La normativa sulla formazione dei macchinisti ferroviari e i relativi indennizzi (D.lgs. n. 247 del 30 dicembre 2010 e del D.M. Infrastrutture e Trasporti 30 novembre 2012)

Emma Maresca

Cultore della Materia in Diritto Commerciale, Diritto dell'Intelligenza Artificiale e Diritto Internazionale dell'Economia nell'Università degli studi di Roma "Guglielmo Marconi", Dottore Commercialista e Revisore Legale

Il carattere settoriale della normativa che regola l'indennizzo dei costi per la formazione dei macchinisti ferroviari richiede alcune precisazioni preliminari.

Il punto di partenza è il D.Lgs. 30 dicembre 2010 n. 247, che ha recepito nel nostro ordinamento la direttiva comunitaria 2007/59/CE, concernente la certificazione dei macchinisti addetti alla conduzione di locomotori e treni. Tale testo normativo, riferimento per la sicurezza del settore ferroviario, impone la formazione come strumento fondamentale per garantire la sicurezza nei trasporti. A titolo esemplificativo, il primo considerando della direttiva 2007/59/CE recita: "La direttiva 2004/49/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa alla sicurezza delle ferrovie comunitarie, obbliga i gestori delle infrastrutture e le imprese ferroviarie a predisporre sistemi di gestione della sicurezza che garantiscano il raggiungimento degli obiettivi di sicurezza e il rispetto delle normative nazionali e delle specifiche tecniche di interoperabilità (STI), applicando le disposizioni comuni di sicurezza, tra cui programmi formativi per il personale e meccanismi per il mantenimento delle competenze necessarie".

Il termine "formazione" appare ben 58 volte nella direttiva 2007/59/CE e più di 20 volte nel D.Lgs. n. 247/2010, che disciplina in dettaglio i requisiti formativi per ogni macchinista, affinché possa essere abilitato alla conduzione di veicoli ferroviari.

La supervisione dell'applicazione di tali disposizioni e l'attuazione delle relative norme operative spetta all'ANSFISA (Agenzia Nazionale per la Sicurezza delle Ferrovie e delle Infrastrutture Stradali e Autostradali), un'autorità indipendente incaricata della regolamentazione della sicurezza ferroviaria in Italia, della vigilanza sul rispetto delle norme, nonché del rilascio delle certificazioni e omologazioni alle imprese ferroviarie e ai gestori di infrastrutture. In particolare, l'art. 4 del D.Lgs. n. 247/2010, intitolato "Modello comunitario di certificazione", distingue tra due tipologie di documenti richiesti al macchinista: la licenza, che certifica il possesso dei requisiti minimi di

salute, formazione scolastica e competenze professionali, e i certificati, che abilitano alla conduzione di specifici veicoli su determinate tratte.

Il citato articolo 4, quindi, stabilisce che il macchinista deve possedere la licenza, che ne attesta la formazione generale, e uno o più certificati, che identificano i veicoli e le tratte per i quali è autorizzato a guidare. A titolo esemplificativo, per condurre il locomotore E189 è necessaria una formazione specifica che differisce da quella per l'ETR500, e per percorrere la tratta Roma-Napoli è richiesta una formazione distinta rispetto alla tratta Milano-Torino. Inoltre, il conseguimento di tali titoli deve essere preceduto dalla frequenza di corsi teorici, pratici e tirocini, e dal superamento degli esami, come richiesto dall'ANSFISA (art. 22, commi 2 e 6 del D.Lgs. 247/2010).

Ciò premesso, è evidente che se un macchinista formato secondo la normativa di settore da una determinata impresa ferroviaria o gestore decide di passare a un'altra azienda, i costi della sua formazione potrebbero beneficiarne indebitamente quest'ultima. In tale scenario, come previsto dalle normative richiamate, l'indennizzo dei costi della formazione è dovuto a condizione che: (a) l'impresa di provenienza abbia erogato una formazione conforme alle disposizioni di legge e abbia sostenuto i costi; (b) la formazione non riguardi attività incomplete o riferite a veicoli e tratte non pertinenti. A tale scopo, l'art. 21 del D.Lgs. n. 247/2010 stabilisce che la contrattazione collettiva debba definire misure per evitare che i costi della formazione vadano a beneficio di un'altra impresa. Queste misure includono il pagamento di un "ragionevole indennizzo", proporzionale al tempo rimanente dell'ammortamento dell'investimento formativo (comma 2). In assenza di accordi collettivi, il D.M. 30 novembre 2012 prevede i presupposti per l'indennizzo. L'art. 2, comma 4, del D.M. stabilisce che, in mancanza di altri accordi, l'impresa che assume il macchinista deve risarcire quella che ha formato il lavoratore, previo riscontro del rispetto delle condizioni previste dalla normativa. Il Decreto Ministeriale riprende il concetto di "ragionevole indennizzo" previsto dal D.Lgs. 247/2010 e lo applica in modo dettagliato. L'art. 1, infatti, prevede che tale indennizzo venga calcolato in base ai seguenti criteri: "Se, entro quattro anni dalla formazione, il macchinista lascia volontariamente l'impresa che ha sostenuto i costi e viene impiegato da un'altra impresa, deve essere corrisposto un indennizzo per evitare che l'investimento formativo vada a vantaggio di un altro soggetto." Pertanto, il diritto all'indennizzo sorge solo quando il macchinista, entro quattro anni dalla conclusione della formazione, decida di lasciare l'impresa di origine e venga assunto da un altro datore di lavoro.

In conclusione, la normativa prevede che i costi di formazione possano essere ammortizzati entro quattro anni dalla data di rilascio della licenza o dei certificati, a seconda che si tratti di formazione per la licenza o per veicoli e tratte. Tale periodo inizia rispettivamente dalla data di sottoscrizione del certificato di formazione e dalla data dei documenti attestanti il completamento della formazione. L'indennizzo, quindi, non è dovuto per costi di formazione precedenti a queste date né per corsi di aggiornamento già erogati (art. 2, comma 7).