

# IANUS

Diritto e Finanza



UNIVERSITÀ  
DI SIENA  
1240

Rivista di studi giuridici

<https://www.rivistaianus.it>



ISSN: 1974-9805

n. 31 - giugno 2025

**STRUMENTI COLLABORATIVI TRA  
PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI ED ENTI  
DEL TERZO SETTORE PER LA GESTIONE  
DEI SERVIZI DI TRASPORTO SANITARIO**



# **IANUS**

**Diritto e Finanza**

**N. 31 - 2025**

**Ianus - Diritto e finanza**

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 31 - giugno 2025

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805

## INDICE

### STRUMENTI COLLABORATIVI TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI ED ENTI DEL TERZO SETTORE PER LA GESTIONE DEI SERVIZI DI TRASPORTO SANITARIO

Presentazione, di NICOLETTA VETTORI, MASSIMO D'AURIA .....	5
Gestione e organizzazione dei servizi di trasporto sanitario, di ENRICO ZAMPETTI .....	11
Le procedure di affidamento dei servizi di trasporto sanitario, di EDOARDO CARUSO .....	29
Il trasporto sanitario di emergenza e urgenza tra principio di concorrenza e affidamento prioritario alle organizzazioni di volontariato nel diritto eurounitario e nell'ordinamento giuridico italiano, di ALCESTE SANTUARI .....	55
Strumenti consensuali tra P.A. ed ETS nei servizi sociosanitari: profili giuridici e nodi interpretativi, di GIOVANNA CAPILLI .....	79
L'evoluzione del sistema di trasporto sanitario in Toscana, di ELENA FRANCESCA CILLO .....	91

### ALTRI SAGGI

I gruppi di interesse dinanzi alla Corte costituzionale italiana. Dall'accesso ristretto alle porte aperte con prudenza, di ANNA MARIA LECIS COCCO ORTU .....	125
Il principio di solidarietà nella giurisprudenza della corte costituzionale: effettività e limiti di un principio fondatore del costituzionalismo italiano, di ANNA MARIA LECIS COCCO ORTU .....	143
Vulnerabilità e dipendenze digitali: strumenti di tutela ( <i>ex ante</i> ) nel quadro regolatorio europeo e nazionale, di SIMONA GHIONZOLI .....	155
Minori e sistemi di <i>age verification</i> : la tutela dei "mobile born" nella società dell'informazione, di EDOARDO SALVATORE .....	175

The lesson from the Ukrainian crisis: can cryptocurrencies drive a shift from positive to natural money?, di VALENTINO CATTELAN .....	185
Spunti ricostruttivi in tema di riconoscimento del contraddittorio endoprocedimentale quale carattere del <i>due process of law</i> e affermazione della centralità della <i>rule of law</i> in materia tributaria, di CESARE BORGIA .....	205
I potenziali effetti collaterali dell'intelligenza artificiale sugli investimenti ESG e le implicazioni per il terzo settore, di MICHELE PATANÈ, MICHELE ANELLI .....	233

## PRESENTAZIONE

La sezione monografica del fascicolo che si presenta raccoglie alcuni contributi di un seminario svolto a giugno presso il Dipartimento di Studi e Giuridici (DISAG) diretto a riflettere, in prospettiva interdisciplinare, sugli strumenti collaborativi utilizzabili dalle Pubbliche Amministrazioni e gli Enti del Terzo settore per la gestione dei servizi di trasporto sanitario.

Il seminario, a sua volta, si inserisce nel progetto di ricerca PNRR - M4C2 PROGETTO THE - Tuscany Health Eco-system – SPOKE 10 Population Health al quale abbiamo partecipato, insieme ad altri colleghi del DISAG e del Dipartimento di ingegneria, in collaborazione con la ASL e l'Azienda Ospedaliera Universitaria Senese con l'obiettivo di contribuire alla riflessione sulle soluzioni possibili per dare attuazione alla riforma dell'assistenza territoriale delineata con il DM 77/2022 nel quadro della Missione Salute del PNRR.

Una delle linee di ricerca del progetto si è concentrata sul trasporto sanitario, caso emblematico di integrazione socio-sanitaria destinato ad assumere ancora maggiore centralità nell'ambito della recente riforma diretta a rafforzare le cure primarie, l'assistenza domiciliare e i servizi di prossimità all'insegna del recupero di efficacia ed equità del sistema sanitario nazionale.

Il trasporto sanitario comprende, infatti, un'ampia pluralità di prestazioni che comprendono il soccorso in situazioni di emergenza-urgenza, la gestione delle dimissioni ospedaliere verso il domicilio o i centri di cure intermedie (ospedali di comunità), il trasporto di pazienti che hanno bisogno di periodici accessi in ospedale (pazienti cronici, dializzati), fino al trasporto di materiale biologico.

Molte di queste tipologie di trasporto necessitano della dimensione relazionale propria dei servizi sociali e possono avere caratteristiche gestionali diverse a seconda dei diversi contesti territoriali.

Per tali ragioni la gestione di questo servizio nella maggior parte delle regioni italiane, tra cui la Toscana, è stato tradizionalmente prestato in via prevalente da organizzazioni di volontariato operanti in stretta collaborazione con le amministrazioni sanitarie pubbliche, sulla base di affidamenti diretti svolti senza procedure di selezione concorrenziale, nel perseguimento di finalità ispirate dai valori della prossimità e della solidarietà.

Si trattava di rapporti convenzionali riconducibili al c.d. «sistema delle convenzioni» che il legislatore nazionale aveva disciplinato, tra gli anni '90 e i primi anni '00, nell'ambito delle leggi quadro dedicate ai singoli enti del Terzo settore.

Questo modello di cooperazione solidaristica tra enti pubblici e una parte del terzo settore, radicato nella tradizione italiana, è stato messo in discussione a seguito dell'applicazione del diritto dell'Unione europea che, a partire Comunicazioni della Commissione del 2006 e del 2007, ha progressivamente ricondotto tali attività nell'ambito dei servizi di interesse economico generale (SIEG), con conseguente applicazione delle regole previste dalle direttive sui contratti pubblici, rette dai principi di concorrenza, non discriminazione e trasparenza.

Il mutato approccio ha tuttavia generato interpretazioni contrastanti su vari profili: le tipologie di trasporto sanitario interessate dall'applicazione delle regole europee, gli ambiti di esclusione, le ragioni giustificative delle possibili deroghe a favore di organizzazioni non lucrative, la natura e i caratteri degli accordi stipulabili dalle pubbliche amministrazioni per la gestione degli stessi.

Nonostante una lunga evoluzione normativa e giurisprudenziale, permangono ancora dei profili di incertezza che inevitabilmente condizionano le scelte organizzative delle amministrazioni sanitarie.

I contributi raccolti nel fascicolo contribuiscono ad indagare e approfondire i vari aspetti, offrendo un quadro ricostruttivo ricco e articolato.

In particolare il saggio di Enrico Zampetti esamina la disciplina sui servizi di trasporto sanitario, sia ordinario che di emergenza, soffermandosi in particolare sulle ragioni che giustificano il *favor* riservato agli enti del Terzo settore dalla normativa europea e da quella nazionale.

Il contributo di Edoardo Caruso si concentra, in particolare, sui servizi di trasporto sanitario ordinario, ricostruendo l'estensione delle regole europee e il ruolo delle deroghe, per poi soffermarsi sulle diverse opzioni organizzative disponibili per le amministrazioni: il regime alleggerito per l'affidamento di appalti pubblici di servizi sociali, le procedure riservate agli enti del Terzo Settore, i modelli che escludono il ricorso al mercato, *ivi* incluse le forme di amministrazione condivisa.

L'articolo di Alceste Santuari è dedicato ad approfondire, in particolare, la disciplina normativa dell'attività di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza nell'ordinamento eurounitario e in quello interno, al fine di verificare se tale tipologia di trasporto possa legittimamente considerarsi esclusa dalle regole concorrenziali.

Il saggio di Giovanna Capilli esamina i modelli collaborativi che l'ordinamento italiano offre quale alternativa ai contratti di appalto, approfondendo in particolare i caratteri della gratuità e della non sinallagmaticità che la giurisprudenza, europea e nazionale, considera elementi caratterizzanti di questi modelli ed essenziali ragioni distintive delle diverse procedure di affidamento dei contratti pubblici. L'indagine si concentra, segnatamente, su due figure: da un lato, le convenzioni dirette con le organizzazioni di volontariato, disciplinate dal Codice del Terzo settore; dall'altro, i partenariati pubblico-pubblico con le Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza, regolati dal Codice dei contratti pubblici.

Infine, il contributo di Elena Francesca Cillo esamina l'evoluzione del sistema di trasporto sanitario della Regione Toscana, soffermandosi in particolare sulla sentenza della Corte di Giustizia III sezione, 29 novembre 2007, causa C-119/06, *Commissione delle Comunità euro-pee c. Repubblica italiana*, e sulla riforma introdotta con la legge reg. n. 70/2010 proprio in applicazione di quanto stabilito dal Giudice europeo. L'obiettivo è quello di valutare la riconducibilità dell'attuale assetto vigente in Toscana alla disciplina prevista dall'art. 57 del Codice del Terzo Settore, senza mancare di mettere in evidenza le perduranti tensioni tra le scelte dirette alla valorizzazione del principio di solidarietà e di collaborazione con gli enti del Terzo settore e le istanze di garanzia dei principi europei di trasparenza,

non discriminazione e concorrenza.

In definitiva, dalla lettura complessiva dei contributi si ricava che la disciplina sulla gestione dei servizi di trasporto sanitario ordinario mostra come tanto il legislatore europeo quanto quello nazionale siano consapevoli delle peculiarità di tali prestazioni e delle esigenze di tutela che esse sottendono, con la conseguenza che il rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento non implica un'uguaglianza rigida e formalistica tra operatori economici, bensì ammette differenziazioni quando esse risultino giustificate, proporzionate e funzionali al perseguimento dei valori solidaristici riconosciuti anche dal diritto dell'Unione.

Ciò dimostra che solidarietà e concorrenza non devono essere intesi come valori antagonisti, ma come elementi di un'unica strategia volta ad assicurare servizi di qualità ai cittadini, nel rispetto delle specificità sociali e territoriali. Il compito delle amministrazioni è dunque quello di costruire modelli organizzativi capaci di integrare tali valori, ponendo al centro, quale obiettivo ultimo, la tutela effettiva dei diritti sociali fondamentali.

Oltre alla parte monografica, il volume si compone di numerosi contributi destinati alla sezione "Altri Saggi".

La sezione si apre con i due saggi della prof.ssa Anna Maria Lecis Cocco Ortu: il primo avente ad oggetto la riforma che nel 2020 ha istituito il ruolo dell'*amicus curiae* presso la Corte costituzionale, il secondo riguardante l'attuazione del principio di solidarietà costituzionale da parte della Corte costituzionale.

Nel primo saggio, il lettore potrà trovare un accurato bilancio degli effetti prodotti dalla riforma intervenuta nel 2020 sulla giurisprudenza costituzionale nonché una ponderata riflessione sui vantaggi che questa riforma è in grado di produrre in termini di maggiore inclusività e legittimazione democratica dei processi decisionali dinanzi alla Corte. Nel secondo saggio, l'interesse dell'autrice si appunta sul processo di relativizzazione a cui il principio di solidarietà è stato sottoposto a seguito dell'introduzione del vincolo di bilancio. Tra le varie sollecitazioni, il lettore potrà facilmente ritrovare nel testo temi e motivi trattati nella parte monografica, laddove l'autrice riferisce della giurisprudenza in tema perequazione fiscale tra enti locali e di garanzia dei «livelli essenziali delle prestazioni» (LEP).

La sezione prosegue con due saggi nei quali gli autori, all'esito di un attento esame di plessi regolatori che si confrontano, non sempre in modo genuinamente ispirato da istanze di tutela, con il tema dell'impatto che la società dell'informazione digitale produce su consumatori e utenti.

Nel contributo della dott.ssa Simona Ghionzoli si avverte la crescente insoddisfazione verso risposte sistemiche in cui il problema di abbattere il rischio delle c.d. dipendenze digitali viene affrontato calibrandolo soltanto su particolari categorie di soggetti vulnerabili senza, però, che sia messo in discussione il paradigma sottostante, quello che, sull'altare dell'efficienza meramente quantitativa del mercato, espunge la dimensione sociale del contratto e della concorrenza e, quindi, la centralità dei bisogni personali di qualunque consumatore e utente dei servizi digitali.

Nel saggio del dott. Edoardo Salvatore, l'analisi, arricchita da un esame della

casistica e delle prassi, si concentra criticamente sui sistemi di verifica dell'età adottate dalle piattaforme e sulla non per questo rimossa necessità di un ripensamento dei criteri normativi riguardanti il consenso del c.d. nativo digitale all'utilizzo dei propri dati al fine di fruire dei servizi delle piattaforme e dei social network. L'obiettivo è che il diritto del minore all'utilizzo dei servizi della società dell'informazione non costituisca il lasciapassare per un'esposizione incontrollata del minore a informazioni digitali che, per tempi e contenuti, risulta incompatibile con il suo grado di maturità e discernimento.

Analizzando il ruolo che le criptovalute stanno svolgendo per gli ucraini impegnati nella guerra contro l'invasione russa, il prof. Valentino Cattelan consegna al lettore un'acuta analisi della capacità delle criptovalute quale moneta naturalis di superare la sovranità statale e, più in generale, di come la tecnologia blockchain possa proporsi quale motore di un cambiamento del ruolo che il denaro può svolgere quale strumento di solidarietà globale e promozione di valori democratici.

All'esito di un'attenta ricostruzione del principio del giusto processo, il dott. Cesare Borgia s'interroga criticamente sull'adeguatezza della legge delega n. 111/2023 avente quale obiettivo l'estensione del principio del contraddittorio al procedimento tributario. Seppure alcune norme lo rendano obbligatorio "a pena di nullità", la riforma non ha, però, raggiunto pienamente l'obiettivo anche perché la scelta di strumenti come lo "schema di atto" che relegano il contraddittorio a una fase successiva alla predisposizione endoprocedimentale dell'atto, limitando così la funzione collaborativa del contribuente.

La sezione si chiude con il saggio del prof. Michele Patané e del prof. Michele Anelli i quali si soffermano sulla constatazione che gli algoritmi di trading e l'AI rafforzano le tendenze rialziste, riducendo i rendimenti e la percezione del rischio di default nonché sull'aumento del premio di liquidità, che rende il mercato meno liquido e più vulnerabile a shock negativi. Con una riflessione che quindi solleva dubbi consistenti sull'impatto negativo che l'impiego dell'AI produce nella controllabilità delle decisioni di investimento, la riflessione si sofferma in particolare sui rischi finanziari in cui incorrono gli enti del terzo settore dipendenti da investimenti ESG.

Nicoletta Vettori - Massimo D'Auria

I saggi della sezione monografica sono stati elaborati nell'ambito del progetto di ricerca PNRR - M4C2 PROGETTO THE - Tuscany Health Eco-system - SPOKE 10 Population Health.



**STRUMENTI COLLABORATIVI TRA PUBBLICHE  
AMMINISTRAZIONI ED ENTI DEL TERZO SETTORE PER  
LA GESTIONE DEI SERVIZI DI TRASPORTO SANITARIO**



## GESTIONE E ORGANIZZAZIONE DEI SERVIZI DI TRASPORTO SANITARIO °

**Enrico Zampetti**

*Professore Associato di Diritto pubblico e amministrativo  
Università degli Studi di Siena*

*Nella prima parte, il contributo esamina la disciplina sui servizi di trasporto sanitario, ordinario e di emergenza, soffermandosi in particolare sul favor riservato agli enti del Terzo settore. Nella seconda parte, si propone di verificare quale sia effettivamente il fondamento di tale favor e se esso, come generalmente ritenuto, possa effettivamente individuarsi nel principio di sussidiarietà orizzontale. Dopo avere individuato le diverse accezioni del principio di sussidiarietà, il contributo prospetta che, più che a tale principio, quantomeno nell'accezione di recente delineata dalla Corte costituzionale, il favor in questione sia riconducibile a una combinazione dei principi di buon andamento e ragionevolezza, nell'obiettivo di realizzare a costi sostenibili finalità solidaristiche.*

*In the first part, the contribution examines the regulations on ordinary and emergency medical transport services, focusing in particular on the favor reserved for non-profit institutions. In the second part, the contribution aims to verify what the basis of this favor actually is and whether it, as generally believed, can be identified in the principle of horizontal subsidiarity. After having identified the different meanings of the principle of subsidiarity, the contribution suggests that, more than this principle – at least in the meaning recently outlined by the Constitutional Court – the favor appears to be attributable to a combination of the principles of good administration and reasonableness, with the aim of achieving solidarity finalities at sustainable costs.*

### **Sommario:**

1. Premessa
2. Servizio di trasporto sanitario ordinario e di emergenza e urgenza
3. Il regime giuridico dei servizi di trasporto sanitario ordinario
4. Diritto dell'Unione europea e servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza
5. Servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza e codice del Terzo settore
6. Favor per il Terzo settore e sussidiarietà orizzontale
7. Servizio di trasporto sanitario e sussidiarietà orizzontale. Osservazioni conclusive

---

° Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Premessa

È un dato acquisito che i servizi sociali siano considerati servizi economici se espletati a fronte del pagamento di un corrispettivo<sup>1</sup>. A queste condizioni ad essi è applicabile l'articolo 106 del TFUE secondo cui «*le imprese incaricate della gestione di servizi di interesse economico generale o aventi carattere di monopolio fiscale sono sottoposte alle norme dei trattati, e in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata*». Fermo il rispetto delle regole sulla concorrenza, l'applicazione dell'articolo 106 non esclude che la peculiarità dei servizi sociali possa giustificare delle deroghe alla disciplina ordinaria sulle gare pubbliche, come in tal senso affermato dalla Corte di giustizia dell'Unione europea e sancito dalla direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici<sup>2</sup>. Le deroghe sui servizi sociali contemplate dal diritto dell'Unione sono state compiutamente recepite nel nostro ordinamento, individuandone i beneficiari soprattutto negli enti senza scopo di lucro. Le ragioni sottese alla disciplina derogatoria sono varie, ma, ad oggi, il *favor* per gli enti del Terzo settore tende ad essere giustificato principalmente in base al principio di sussidiarietà orizzontale.

Il presente contributo si occupa specificamente dei servizi di trasporto sanitario che, in base all'attuale disciplina di riferimento, possono ricondursi ai servizi sociali e ai servizi alla persona<sup>3</sup>. Dopo avere tracciato i confini tra le due tipologie di trasporto sanitario, quello ordinario e quello di emergenza e urgenza, ne sarà individuato il relativo regime giuridico, parzialmente derogatorio rispetto alla disciplina ordinaria, soffermandosi in particolare sul *favor* riservato agli enti del Terzo settore. L'attenzione verrà così rivolta al principio di sussidiarietà orizzontale per verificare se il regime speciale applicabile ai servizi in questione possa effettivamente giustificarsi in base a tale principio.

## 2. Servizio di trasporto sanitario ordinario e di emergenza e urgenza

Occorre preliminarmente chiarire cosa debba intendersi per servizi di trasporto sanitario. Per il nostro e per l'ordinamento eurolunitario rilevano due tipologie: il trasporto sanitario ordinario e il trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

Come chiarito dalla giurisprudenza, il servizio di trasporto sanitario ordinario è «*preordinato a consentire al paziente di raggiungere le strutture sanitarie al fine di ricevere*

---

<sup>1</sup> In tema, CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, a cura di CLARICH, Torino, 2025, 1308 ss.; MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza nella disciplina dei servizi sociali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1/2015, 89 ss.; CERULLI IRELLI, *Impresa pubblica, fini sociali, servizi di interesse generale*, in *Riv. dir. pubbl. com.*, 2006, 747 ss.; M. TRIMARCHI, *I servizi di interesse economico generale nel prisma della concorrenza*, in *Riv. it., dir. pubbl. com.*, 2020, 53 ss.

<sup>2</sup> Direttiva 2014/24/UE del parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 «*sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE*».

<sup>3</sup> Cfr. artt. 127-128 del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 «*Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*».

*prestazioni sanitarie, diagnostiche e terapeutiche “già programmate” ovvero a ricondurre il paziente “dimesso” presso il proprio domicilio»; in altri casi «riguarda pazienti con quadro clinico stabile che non presentano oggettivi rischi di peggioramento in ragione del trasporto in ambulanza, i quali, stabilizzati e ricoverati, necessitano di un trasferimento in ambiente specialistico per ricevere prestazioni non erogabili dalla struttura di degenza o per eseguire specifici accertamenti o per mancanza di posti letto»<sup>4</sup>. In concreto, possono rientrare nel trasporto ordinario le prestazioni di trasporto in favore di utenti che debbano ricoverarsi in un reparto ospedaliero in regime ordinario, di *day hospital* o *day surgery*; di trasporto dal domicilio del paziente ad una struttura ospedaliera per l'esecuzione di visite, accertamenti o terapie; di trasporto a favore di utenti dimessi da un ospedale pubblico o privato accreditato al termine di un ricovero verso il domicilio o verso altra struttura non ospedaliera.*

In sostanza, si tratta di prestazioni svolte in un contesto ordinario privo del carattere dell'urgenza o dell'emergenza, come conferma anche la circostanza che di norma i servizi in questione vengono espletati dal lunedì al sabato in orari prestabiliti e non già ogni giorno della settimana ventiquattro ore su ventiquattro.

Per contro, il servizio di trasporto sanitario di emergenza riguarda il trasporto di pazienti in condizioni emergenziali o con un quadro clinico di instabilità che potrebbe degenerare in situazioni fortemente critiche. Al riguardo, la giurisprudenza della Corte di giustizia Ue ha precisato che è riconducibile al servizio di trasporto di emergenza e urgenza «*l'assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico / soccorritore sanitario (...) nonché il trasporto in ambulanza qualificato (...) a condizione, con riferimento al trasporto in ambulanza qualificato, che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto*»<sup>5</sup>.

Ai fini del carattere emergenziale, non è quindi sufficiente che il servizio sia reso mediante mezzi di soccorso o preveda la presenza sull'automezzo di personale qualificato alla erogazione di prestazioni di carattere emergenziale. Occorre necessariamente che il trasporto sia caratterizzato da una situazione di ordine emergenziale (in atto o in potenza) rilevabile oggettivamente ed *ex ante*.

### **3. Il regime giuridico dei servizi di trasporto sanitario ordinario**

Il considerando 114 della direttiva 2014/24/UE si occupa specificamente dei servizi alla persona, prefigurando una disciplina speciale parzialmente derogatoria di quella generale. Più esattamente, sancisce che «*certe categorie di servizi, per la loro stessa natura, continuano ad avere una dimensione limitatamente*

---

<sup>4</sup> Così Tar Veneto, Sez. III, 15 novembre 2019, n. 1247; cfr. anche Cons. St., Sez. III, 3 agosto 2020, n. 4905.

<sup>5</sup> Corte giust., Sez. III, 21 marzo 2019, C-465/17, *Falck*.

*transfrontaliera, segnatamente i cosiddetti servizi alla persona quali taluni servizi sociali, sanitari e scolastici» e che, pertanto, occorre «stabilire un regime specifico per gli appalti pubblici aventi per oggetto tali servizi, con una soglia più elevata di quella che si applica ad altri servizi». In ragione «dell'importanza del contesto culturale e della sensibilità di tali servizi» – prosegue la direttiva – gli Stati membri dovrebbero «godere di un'ampia discrezionalità così da organizzare la scelta dei fornitori di servizi nel modo che considerano più adeguato», sicchè il diritto dell'Unione tiene «conto di tale imperativo, imponendo solo il rispetto dei principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento e assicurando che le amministrazioni aggiudicatrici abbiano la facoltà di applicare criteri di qualità specifici per la scelta dei fornitori di servizi, come i criteri stabiliti dal quadro europeo volontario della qualità per i servizi sociali, pubblicato dal comitato per la protezione sociale».*

La disciplina così prefigurata è contenuta negli articoli 74-77 della direttiva e si sostanzia in un regime procedurale “alleggerito” rispetto al regime ordinario, la cui individuazione è rimessa agli Stati membri che «sono liberi di determinare le norme procedurali applicabili fintantochè tali norme consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione»<sup>6</sup>. Alla previsione di un regime procedurale alleggerito si accompagna la possibilità riconosciuta agli Stati membri di riservare le procedure di appalto per taluni servizi nei settori dei servizi sanitari, sociali e culturali «alle organizzazioni basate sull'azionariato dei dipendenti o sulla loro partecipazione attiva al governo societario e per le organizzazioni esistenti quali le cooperative a partecipare alla prestazione di tali servizi agli utenti finali»<sup>7</sup>. A tal fine, l'articolo 77 della direttiva stabilisce che, nei settori dei servizi sanitari, sociali e culturali, le procedure di appalto possano essere riservate a organizzazioni: a) il cui obiettivo sia il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al paragrafo; b) i cui profitti sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione, con la precisazione che, se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative; c) le cui strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto siano basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedano la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati. Le condizioni sopra elencate sono state oggetto di una recente sentenza della Corte di giustizia Ue, la quale ha precisato che la riserva può essere disposta in favore di enti privati senza scopo di lucro anche se questi non soddisfino i requisiti previsti dall'articolo 77 della Direttiva, «purché, da un lato, il contesto normativo e convenzionale nel cui ambito si svolge l'attività di tali enti contribuisca effettivamente al fine sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà e di efficienza di bilancio su cui tale normativa è fondata e, dall'altro, il principio di trasparenza, come specificato in particolare all'articolo 75 di tale direttiva, sia

---

<sup>6</sup> Così, art. 76 della direttiva 2014/24 UE.

<sup>7</sup> In questi termini il Considerando 118 della direttiva 2014/24/UE.

*rispettato*<sup>8</sup>. In sostanza, se il servizio alla persona viene espletato a fronte del solo rimborso dei costi sostenuti, la platea dei soggetti ammessi a partecipare alle gare riservate può estendersi oltre le più rigide condizioni stabilite dalla direttiva.

Nel nostro ordinamento, la direttiva risulta attualmente recepita nel d.lgs. n. 36 del 2023: agli artt. 127 e 128<sup>9</sup>, quanto al regime alleggerito o semplificato; all'articolo 129, quanto alle gare riservate<sup>10</sup>.

I servizi di trasporto sanitario ordinario possono essere aggiudicati anche in convenzione ai sensi dell'articolo 56 del d.lgs. 117 del 2017, secondo cui «*le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato*»<sup>11</sup>. Le convenzioni contemplate dalla disposizione possono essere stipulate solo con le organizzazioni di volontariato o le associazioni di promozione sociale e devono prevedere unicamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e

---

<sup>8</sup> Corte giust., Sez. IV, 14 luglio 2022, C-436/20, *Asade*

<sup>9</sup> L'art. 127 individua le norme applicabili all'affidamento dei servizi sociali e degli altri servizi assimilati di cui all'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE per valori pari o superiori alla soglia di cui all'articolo 14, comma 1 lettera d), mentre il successivo articolo 128 reca la disciplina per l'affidamento dei servizi alla persona, precisando che «*sono considerati servizi alla persona i seguenti servizi, come individuati dall'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014: a) servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; b) servizi di prestazioni sociali; c) altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative*». Oltre a delle peculiari modalità di pubblicazione dei bandi e degli avvisi di gara (127) e all'individuazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggioso quale criterio di aggiudicazione (128), la disciplina in esame richiede che «*l'affidamento deve garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti*»; sulla disciplina degli appalti nei servizi sociali, CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 1338 ss.

<sup>10</sup> L'articolo 129 prevede che «*le stazioni appaltanti hanno facoltà, con bando predisposto a norma delle disposizioni che seguono, di riservare agli enti di cui al comma 2 il diritto di partecipare alle procedure per l'affidamento dei servizi sanitari, sociali e culturali individuati nell'allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014*», laddove il comma 2 dispone che gli enti ammessi a partecipare alle gare riservate devono soddisfare le seguenti condizioni: «*a) gli enti riservatari devono avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi di cui al comma 1; b) deve essere previsto un vincolo di reinvestimento dei profitti, per il conseguimento degli obiettivi statuari o, comunque, una distribuzione o redistribuzione fondata su considerazioni partecipative; c) le strutture di gestione o proprietà degli enti devono essere basate su principi partecipativi o di azionariato dei dipendenti, ovvero richiedere la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati*»; in tema, sempre CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, in *Commentario al codice dei contratti pubblici*, cit., 1338 ss.

<sup>11</sup> PALAZZO, commento all'art. 56 del d.lgs. n. 117 del 2017, in *Codice del Terzo settore*, diretto da GENOVESE-ZAMPETTI, Milano, 2025, 335 ss.; SANTUARI, *Diritto delle organizzazioni socialmente responsabili*, Milano, 2024, 641 ss.

documentate. D'altro canto, il ricorso alle convenzioni è ammesso solo se più vantaggioso rispetto al ricorso al mercato, fermo restando che l'individuazione dei soggetti con cui stipulare la convenzione deve avvenire *«nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, mediante procedure comparative riservate alle medesime»*.

Nel complesso, i servizi sociali sono, dunque, soggetti a una disciplina speciale che non implica soltanto adempimenti procedurali semplificati, ma contempla anche peculiari modalità di affidamento, consentendo alle amministrazioni di espletare gare riservate o di ricorrere alle convenzioni di cui all'articolo 56 del codice del Terzo settore. Sul piano soggettivo, i beneficiari di tale disciplina sono essenzialmente gli enti senza scopo di lucro, considerato che alle gare riservate possono partecipare soltanto enti variamente riconducibili a tale tipologia e che le richiamate convenzioni possono essere stipulate solo con associazioni di promozione sociale e organizzazioni di volontariato<sup>12</sup>.

#### **4. Diritto dell'Unione europea e servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza**

Il considerando 28 della Direttiva dispone che *«la presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 «Servizi di trasporto terrestre» del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici (“regime alleggerito”)»*.

La non riconducibilità dei servizi di trasporto in ambulanza ai servizi di emergenza esclusi dall'ambito di applicazione della direttiva deve essere letta congiuntamente all'articolo 10 della stessa direttiva, rubricato «Esclusioni specifiche per gli appalti di servizi», ai sensi del quale *«la presente direttiva non si applica agli appalti pubblici di servizi: (...) h) concernenti servizi di difesa civile, di*

---

<sup>12</sup> Come si è già precisato, gli enti che possono partecipare alle gare riservate devono avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione di servizi sanitari, sociali e culturali (individuati nell'allegato IV della direttiva 24/24/UE); devono essere vincolati al reinvestimento dei profitti, per il conseguimento degli obiettivi statutari o, comunque, possono eventualmente prevedere una distribuzione o redistribuzione fondata su considerazioni partecipative; devono avere strutture di gestione o proprietà basate su principi partecipativi o di azionariato dei dipendenti.

*protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza»<sup>13</sup>.*

La norma si è imposta più volte all'attenzione della giurisprudenza per chiarire se la deroga ivi contemplata si estenda anche ai servizi di trasporto sanitario di emergenza o se, invece, tali servizi debbano ritenersi inclusi nei "servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza" per i quali la deroga è espressamente esclusa, ferma restando l'applicazione del c.d. regime alleggerito. Nel fornire la propria interpretazione la Corte di giustizia ha precisato che, ove ricorrano determinate condizioni, i servizi di trasporto sanitario di emergenza non sono inquadrabili nei «servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza» bensì nei servizi di «prevenzione contro i pericoli», così da essere ricompresi anch'essi nella deroga sancita dall'articolo 10 e sottratti alla complessiva disciplina recata nella direttiva. Nel precisare le condizioni alle quali un servizio di trasporto in ambulanza rientra nella deroga in esame, la Corte di giustizia ha osservato che «l'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 deve essere interpretato nel senso che rientrano nella deroga da esso prevista all'applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici l'assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, di cui al codice CPV 75252000-7 (servizi di salvataggio), nonché il trasporto in ambulanza qualificato, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza), a condizione, con riferimento al trasporto in ambulanza qualificato, che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto»<sup>14</sup>.

L'ulteriore condizione richiesta per la deroga è che i servizi siano forniti da "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro". Tuttavia, la norma non definisce le caratteristiche per inquadrare un ente tra le "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro", né rinvia espressamente alle normative nazionali. Ragion per cui bisogna ricorrere alla nozione delineata dalla Corte di giustizia, in base alla quale rientrano tra le associazioni e le organizzazioni senza scopo di lucro gli enti «che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non hanno

---

<sup>13</sup> Nel nostro ordinamento, la deroga contemplata dalla direttiva è riproposta dall'articolo 56 del d.lgs. n. 36 del 2023 e, in particolare, alla sua lettera n), laddove si ribadisce che le disposizioni del codice non si applicano agli appalti «concernenti servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro identificati con i codici CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8; 98113100-9 e 85143000-3 ad eccezione dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza»; per un inquadramento degli appalti esclusi nei settori ordinari, anche con riferimento alla previgente disciplina, PELLIZZER, MARTINELLI, PEPE, *Esclusioni specifiche in determinati ambiti*, in *Trattato sui contratti pubblici*, diretto da M.A. SANDULLI - NICTOLIS, Milano, 2019, I, 966 ss. e spec. 1026 ss.; PERFETTI, commento all'articolo 17 d.lgs. n. 50 del 2016, in *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di Perfetti, Milano, 2017, 106 ss..

<sup>14</sup> Corte giust., Sez. III, 21 marzo 2019, C-465/17, cit.; cfr. anche Corte giust., Sez. VIII, 7 luglio 2022, C-213/21 e C-214/21, *Italy Emergenza Cooperativa sociale*.

*finalità commerciali e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo della stessa organizzazione o associazione" ovvero che «non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri»<sup>15</sup>.*

Il contenuto prescrittivo della norma implica, dunque, che, laddove i servizi di trasporto di emergenza vengano forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, la disciplina delle relative procedure di affidamento sia sottratta all'applicazione della direttiva e rimessa alla discrezionalità degli Stati membri.

Per completezza, va segnalato che, ancor prima della direttiva 2014/24/UE, la non applicabilità della disciplina ordinaria ai servizi di trasporto sanitario di emergenza era già stata affermata dalla Corte di giustizia. In due importanti pronunce del 2014 e del 2016<sup>16</sup>, la Corte aveva statuito che *«gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE devono essere interpretati nel senso che non ostano ad una normativa nazionale che, come quella in discussione nel procedimento principale, prevede che la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza debba essere attribuita in via prioritaria e con affidamento diretto, in mancanza di qualsiasi pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate»*, a condizione che *«l'ambito normativo e convenzionale in cui si svolge l'attività delle associazioni in parola contribuisca effettivamente alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detta disciplina è basata»* e che i soggetti affidatari *«non traggano alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso dei costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime»* e *«non procurino alcun profitto ai loro membri»<sup>17</sup>.*

## 5. Servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza e codice del Terzo settore

Nel nostro ordinamento la disciplina derogatoria sui servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza è recata nell'articolo 57 del codice del Terzo settore, ai sensi del quale *«i servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore (...), nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a*

<sup>15</sup> Così, Corte giust., C-213/21 e C-214/21, cit.

<sup>16</sup> Il riferimento è a Corte giust., 11 dicembre 2014, C-113/13, *Spezzino*; ID., 28 gennaio 2016, C-50/2014, *Casta*. La prima pronuncia riguarda l'articolo 75 ter della legge regionale Liguria n. 41/2006 nella parte in cui prevede che *«in via prioritaria è assicurato l'affidamento dei servizi del trasporto sanitario a carico del Servizio sanitario Regionale alle associazioni di volontariato, alla Croce rossa italiana ed alle altre istituzioni o enti pubblici autorizzati, al fine di garantire l'espletamento del servizio di interesse generale in condizioni di equilibrio economico per il bilancio»*. La seconda concerne l'articolo 1 della legge regionale Piemonte n. 38/1994, il quale prevede che, in ambito sanitario, *«la Regione, gli Enti locali e gli altri Enti pubblici possono stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato»*; per approfondimenti sulle pronunce e sul contesto di riferimento, CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo*, cit., 1324 ss.

<sup>17</sup> Corte giust., 11 dicembre 2014, C-113/13, cit.

*una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione»<sup>18</sup>.*

Al pari di quelle contemplate dall'articolo 56, le convenzioni in esame devono prevedere soltanto il rimborso delle spese e, secondo l'orientamento prevalente, sono stipulate in esito ad un confronto competitivo tra le organizzazioni di volontariato interessate all'espletamento del servizio<sup>19</sup>.

La norma presenta alcuni problemi applicativi affrontati e in parte risolti dalla giurisprudenza.

Un primo aspetto riguarda il regime applicabile nelle ipotesi in cui, insieme con il servizio emergenziale, venga affidato anche il servizio ordinario. Al riguardo la giurisprudenza ha precisato che, quando l'affidamento comprende anche il trasporto ordinario, ossia un servizio per definizione escluso dalla possibilità di assegnazione mediante convenzione ai sensi dell'art. 57 d.lgs. n. 117 del 2017, «*la decisione di ricorrere al libero mercato onde individuare, in un contesto pienamente competitivo e concorrenziale, un unico affidatario [appare] essere la scelta non solo più logica, ma anche più rispondente ai canoni di efficienza e di economicità*»<sup>20</sup>. Invero, nei casi in cui oggetto di affidamento sia anche il servizio di trasporto ordinario, la scelta per la procedura di gara, oltre a garantire il principio di parità di trattamento, si rivela rispettosa dei principi di economicità ed efficienza, dal momento che il soggetto affidatario del servizio ordinario potrà svolgere adeguatamente anche il servizio di emergenza, stante «*l'identità delle dotazioni strumentali e di personale necessarie per adempiere ad entrambi i servizi*»<sup>21</sup>. La soluzione appare in linea con gli stessi limiti posti dall'articolo 57, in ragione dei quali l'affidamento in convenzione deve pur sempre rappresentare una scelta compatibile con l'economicità e l'efficienza dell'azione amministrativa.

Un altro aspetto riguarda l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione quando intenda affidare il servizio in convenzione, ovvero quando ritenga di

---

<sup>18</sup> Sull'articolo 57 del d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117, SANTUARI, *Diritto delle organizzazioni socialmente responsabili*, cit., 641 ss.; PALAZZO, commento all'art. 57 del d.lgs. n. 117 del 2017, in *Codice del Terzo settore*, diretto da GENOVESE – ZAMPETTI, Milano, 2025, 335 ss.; FICI, ROSSI, SEPIO, VENTURI, a cura di, *Dalla parte del Terzo settore. La riforma letta dai suoi protagonisti*, Bari, 2020, 177 ss.; CONSORTI, GORI, ROSSI, *Diritto del Terzo settore*, Bologna, 2018, 173; SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti tra pubblica amministrazione e Terzo settore*, in *Il codice del terzo settore*, in DONATI – SANCHINI (a cura di), Milano, 2019, 249 ss.

<sup>19</sup> Cons. St., Sez. III, 23 febbraio 2023, n. 1887; Tar Veneto, Sez., III, 11 dicembre 2020, n. 1245; merita segnalare che, nei citati precedenti del 2014 e 2016 (sentenze Spezzino e Casta), la Corte di giustizia dell'Unione europea aveva ritenuto compatibile con il diritto euorunitario una disciplina che, senza contemplare alcuna procedura comparativa, consentiva l'affidamento diretto alle organizzazioni di volontariato dei servizi di trasporto sanitario di emergenza; diversamente, il riferimento contenuto nell'articolo 57 al rispetto dei «*principi di trasparenza e non discriminazione*» fa propendere per la necessità di una procedura comparativa per la selezione dell'organizzazione di volontariato, sebbene non debba essere applicata l'ordinaria disciplina sui contratti pubblici.

<sup>20</sup> Tar Campania, sez. V, 9 gennaio 2023 n. 123

<sup>21</sup> Così, sempre Tar Campania, n. 123/2023, cit.

affidarlo in esito a gara pubblica anziché ricorrere alle convenzioni. Secondo l'orientamento prevalente, la stipula delle convenzioni *ex art. 57* non sarebbe condizionata da una valutazione di convenienza rispetto al ricorso al mercato, ma rappresenterebbe l'opzione preferita dal legislatore, considerato che la locuzione "in via prioritaria" contenuta nell'articolo 57 indicherebbe una sorta di presunzione di maggior favore rispetto al mercato<sup>22</sup>: «*il che, se indubbiamente non comporta un obbligo indefettibile di optare per tale modalità di affidamento, potendo anche in alternativa optarsi per il ricorso al mercato (...) tuttavia non può non riverberare i propri effetti sull'onere motivazionale incombente all'Amministrazione, che sussiste bensì quando questa decida di ricorrere alle ordinarie procedure di affidamento (...) ma non anche laddove la stessa ritenga di dover seguire la via indicata dal legislatore come "prioritaria"*»<sup>23</sup>.

Quali che siano le diverse posizioni, è indubbio il *favor* riservato dal legislatore alle organizzazioni di volontariato nell'affidamento dei servizi in questione; così come è indubbio che tale *favor* risponda all'esigenza di un servizio idoneo a realizzare finalità sociali e obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica, equilibrio di bilancio e adeguatezza. Sul punto torneremo più avanti.

Nel descritto quadro di riferimento, il maggiore aspetto di criticità risiede nel fatto che le sole beneficiarie dell'affidamento sono le organizzazioni di volontariato, con esclusione degli altri enti privi di finalità lucrativa. Proprio questo aspetto ha indotto il Consiglio di Stato a chiedere alla Corte di giustizia se la deroga prevista dall'articolo 57 in favore delle sole organizzazioni di volontariato, anziché la sua estensione a tutti gli enti senza scopo di lucro tra cui le cooperative sociali, sia effettivamente rispettosa della direttiva europea che, invece, parrebbe sancire la deroga indistintamente per tutte le "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro"<sup>24</sup>. In risposta al Consiglio di Stato, la Corte di

---

<sup>22</sup> Così, Decreto del Ministero del Lavoro e delle politiche sociali n. 72/2021 «*Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n.117/2017 (codice del terzo settore)*»: «*la locuzione "in via prioritaria" indica – se letta nella prospettiva dell'ipotesi generale di cui all'art. 56 del CTS – una sorta di presunzione di "maggior favore rispetto al mercato": al soddisfacimento delle condizioni previste nella disposizione, è il legislatore stesso che individua un punto di "bilanciamento" fra le esigenze solidaristiche, di equilibrio dei bilanci pubblici, e di tutela della concorrenza*».

<sup>23</sup> Cons. St., Sez. III, 8 gennaio 2024, n. 249; tuttavia, come anche si evince da Cons. St., Sez. III, 24 marzo 2022, n. 2122, sulle amministrazioni che intendano bandire una gara aperta piuttosto che ricorrere al convenzionamento graverebbe unicamente un ordinario onere motivazionale ma non già un più pregnante obbligo di "motivazione rafforzata".

<sup>24</sup> Più esattamente, Cons. St., Sez. III, 18 gennaio 2021 n. 536, ha formulato alla Corte di giustizia dell'Unione europea il seguente quesito: «*se l'art. 10, lett. h), della direttiva n. 2014/24 UE – e con esso il "considerando" 28 di tale direttiva – osti ad una normativa nazionale che preveda che i servizi di trasporto sanitario di emergenza ed urgenza possano essere affidati tramite convenzionamento, in via prioritaria, alle sole organizzazioni di volontariato – sempreché iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, nonché aderenti ad una rete associativa e accreditate secondo la normativa regionale di settore (ove esistente), ed a condizione che tale affidamento garantisca l'espletamento del servizio in un sistema di effettiva contribuzione ad una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione – senza*

giustizia ha, tuttavia, escluso un contrasto tra il diritto eurounitario e l'articolo 57 ritenendo corretta l'esclusione delle cooperative dalla deroga in quanto enti «*che possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività*» e quindi non qualificabili come organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro<sup>25</sup>.

## 6. Favor per il Terzo settore e sussidiarietà orizzontale

Nei precedenti paragrafi si è descritta la disciplina derogatoria che interessa i servizi sociali – o ad essi assimilati – quando a svolgerli siano enti del Terzo settore. Il riferimento è principalmente agli articoli 56 e 57 del Codice del Terzo settore, ma può estendersi alle disposizioni del codice dei contratti pubblici sulle gare riservate. Tra i servizi ricompresi nella deroga i servizi di trasporto sanitario assumono uno specifico rilievo, come anche conferma l'apposita disciplina sul trasporto di emergenza, ed è questa la ragione per cui il presente contributo vi dedica una particolare attenzione.

Senonché, una riflessione che non voglia soltanto arrestarsi al dato positivo deve più a fondo indagare il fondamento del *favor* riservato al Terzo settore nello svolgimento dei suddetti servizi. L'esigenza è tanto più avvertita in quanto le deroghe riguardano regole particolarmente rilevanti nell'attuale contesto, quali quelle a tutela della concorrenza e della *par condicio competitorum*.

Come si è già anticipato, il *favor* per il Terzo settore viene spesso giustificato in base al principio di sussidiarietà orizzontale, sul presupposto che il coinvolgimento del Terzo settore nello svolgimento di attività d'interesse generale realizzi pienamente il disposto dell'articolo 118 comma 4, ai sensi del quale «*Stato, Regioni, Città metropolitane, Province e Comuni favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*». Al riguardo, la giurisprudenza ha affermato come non vi sia dubbio che «*una delle ragioni d'essere degli enti del terzo settore risieda proprio nell'erogazione – anche tramite convenzione – di servizi di interesse generale pure in ossequio al richiamato principio costituzionale della sussidiarietà orizzontale (articolo 118, comma 4, Cost.)*» e che le procedure di selezione disciplinate dal Codice del Terzo settore sono «*finalizzate alla realizzazione di forme di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale*»<sup>26</sup>. Anche una parte della dottrina tende a individuare nel principio sussidiarietà la fonte di legittimazione dell'affidamento in convenzione «*in virtù della sua idoneità a concorrere, attraverso il coinvolgimento di organizzazioni di*

---

*contemplare, tra i possibili affidatari, le altre organizzazioni prive di scopo di lucro e, più specificamente, le cooperative sociali, quali imprese sociali non aventi finalità lucrative*».

<sup>25</sup> Così, Corte giust., C-213/21 e C-214/21, cit.; per un commento alla sentenza e alle relative implicazioni, ZAMPETTI, *Servizio di trasporto sanitario di emergenza e cooperative sociali. Osservazioni a margine di CGUE, 7 luglio 2022, C-213/21 e C-214/21*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 4/2022, 511 e ss.

<sup>26</sup> Tar Molise, Sez I, 9 giugno 2023 n. 189.

*volontariato e di promozione sociale, al perseguimento di obiettivi solidaristici e di interesse generale, oltre che a consentire alle amministrazioni un notevole risparmio di spesa»<sup>27</sup>. Sul piano del diritto positivo, il d.lgs. 117 del 2017 identifica nella sussidiarietà orizzontale uno dei principi di riferimento della disciplina del Terzo settore<sup>28</sup>, mentre il vigente codice dei contratti pubblici lo richiama espressamente per escludere dall'ambito di applicazione della disciplina codicistica «*gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017*»<sup>29</sup>.*

Posto che la sussidiarietà viene specificamente invocata per giustificare l'affidamento agli enti del Terzo settore di servizi sociali in deroga all'ordinaria disciplina sui contratti pubblici, le convenzioni *ex* articoli 56 e 57 del codice del Terzo settore darebbero così attuazione al principio di sussidiarietà orizzontale, in quanto espressione di un *favor* riservato agli enti del Terzo settore.

Bisogna però intendersi sull'esatto significato da attribuire al principio di sussidiarietà orizzontale<sup>30</sup>. A tal fine conviene muovere dal contesto costituzionale.

Pur non potendo darsi conto in questa sede dell'ampio dibattito che, soprattutto in ambito costituzionalistico, ha interessato il principio di sussidiarietà nel rapporto con altri principi sanciti dalla Costituzione, va precisato che, secondo una certa prospettiva, il principio di sussidiarietà discenderebbe direttamente dai principi personalista, pluralista e solidarista sanciti dall'art. 2 Cost. e che, pertanto, sarebbe riconosciuto dall'ordinamento costituzionale ben prima della

<sup>27</sup> Così, di recente, PARISI, *Il sistema dei servizi sociali tra stato, mercato e terzo settore*, Napoli, 2023, 187.

<sup>28</sup> L'articolo 1 del d.lgs. n. 117 del 2017 dispone che «*al fine di sostenere l'autonoma iniziativa dei cittadini che concorrono, anche in forma associata, a perseguire il bene comune, ad elevare i livelli di cittadinanza attiva, di coesione e protezione sociale, favorendo la partecipazione, l'inclusione e il pieno sviluppo della persona, a valorizzare il potenziale di crescita e di occupazione lavorativa, in attuazione degli articoli 2, 3, 4, 9, 18, 118, quarto comma, della Costituzione, il presente Codice provvede al riordino e alla revisione organica della disciplina vigente in materia di enti del Terzo settore*», individuando così nel principio di sussidiarietà orizzontale uno dei principi a cui il codice del Terzo settore mira a dare attuazione; Tar Campania, Sez. V, 31 maggio 2023, n. 3327, secondo cui «*l'approvazione del Codice del Terzo settore ha rappresentato un importante punto di svolta nel nostro ordinamento poiché, attraverso tale decreto, il legislatore ha realizzato una sistemazione organica della materia di che trattasi, attendendo alla necessità (imposta dal diritto europeo) di mediare le due contrapposte esigenze: valorizzare le organizzazioni non lucrative, anche alla luce del principio di sussidiarietà orizzontale valorizzato dall'art. 118, quarto comma, della Costituzione, e, al contempo, salvaguardare gli equilibri funzionali del libero mercato*»; C. NAPOLITANO, commento all'art. 1 del d.lgs. n. 117 del 2017, in *Codice del Terzo settore*, diretto da GENOVESE – ZAMPETTI, Milano, 2025, 6 ss.

<sup>29</sup> Così, art. 6 del d.lgs. n. 36 del 2023, cit.: «*in attuazione dei principi di solidarietà sociale e di sussidiarietà orizzontale, la pubblica amministrazione può apprestare, in relazione ad attività a spiccata valenza sociale, modelli organizzativi di amministrazione condivisa, privi di rapporti sinallagmatici, fondati sulla condivisione della funzione amministrativa con gli enti del Terzo settore di cui al codice del Terzo settore di cui al decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117, sempre che gli stessi i contribuiscano al perseguimento delle finalità sociali in condizioni di pari trattamento, in modo effettivo e trasparente e in base al principio del risultato. Non rientrano nel campo di applicazione del presente codice gli istituti disciplinati dal Titolo VII del codice del Terzo settore, di cui al decreto legislativo n. 117 del 2017*».

<sup>30</sup> Le varie matrici del principio di sussidiarietà sono evidenziate da D'ATENA, *Costituzione e principio di sussidiarietà*, in *Quaderni costituzionali*, 2001, 13 ss.

sua avvenuta positivizzazione per opera della riforma del 2001. In quest'ottica, il concetto di sussidiarietà collocherebbe la libertà dei singoli e delle formazioni sociali in una dimensione più ampia e non meramente autoreferenziale, tale da valorizzarne l'attitudine all'adempimento dei doveri di solidarietà sociale, o più in generale alla soddisfazione dei bisogni sociali, nell'obiettivo ultimo di realizzare l'uguaglianza sostanziale evocata nell'art. 3, comma 2, Cost. Così, attraverso forme di solidarietà variamente declinabili, i soggetti titolari delle libertà riconosciute dall'art. 2 Cost. concorrerebbero insieme con i pubblici poteri alla soddisfazione dei bisogni della collettività, nel superamento dell'idea che solo l'azione pubblica sia effettivamente idonea a svolgere attività d'interesse generale<sup>31</sup>. Beninteso, ciò non priverebbe la riforma del 2001 di qualsiasi apporto innovativo. Se anche la novità non si identificerebbe nell'introduzione *ex novo* del principio di sussidiarietà, la riforma avrebbe, infatti, pur sempre comportato un «salto di grado»<sup>32</sup>, «riconoscendo la piena giuridicità dell'obbligo di tutti i livelli di governo di "favorire" l'autonoma iniziativa dei cittadini singoli e associati per lo svolgimento di attività d'interesse generale, rifuggendo da letture che lo confinino su un piano meramente programmatico o do mera facoltà»<sup>33</sup>. Il «salto di grado» inquadrebbe così la sussidiarietà in un rapporto tra poteri pubblici e soggetti privati, per il quale i primi dovrebbero adoperarsi per consentire, o comunque non precludere, ai secondi lo svolgimento di attività d'interesse generale.

Quale sia l'oggetto del *favor* evocato dall'art. 118, comma 4, Cost. è la stessa disposizione costituzionale a precisarlo, disponendo che i poteri pubblici «favoriscono l'autonoma iniziativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale». Di conseguenza, il *favor* è rivolto a quelle autonome iniziative che, risolvendosi in attività d'interesse generale, arrecano soddisfazione ai bisogni delle rispettive comunità. Il campo elettivo della sussidiarietà orizzontale ricomprende, dunque, quelle attività variamente inquadrabili in forme di «cittadinanza attiva o praticata» tra cui, a titolo esemplificativo, le attività di cura del decoro dei centri abitati e dei beni comuni, le attività di riutilizzo di edifici abbandonati o degradati, l'attività di gestione degli spazi verdi, alcune iniziative culturali e di utilità sociale<sup>34</sup>. Si tratta di attività rispetto alle quali il soggetto pubblico non ha assunto degli specifici compiti di

---

<sup>31</sup> Sul rapporto della sussidiarietà con i principi costituzionali di cui agli artt. 2 e 3 della Costituzione, GORI, *Terzo settore e costituzione*, Torino, 2022, 80 ss.; DONATI, *Il paradigma sussidiario. Interpretazione, estensione, garanzie*, Bologna, 2013, 344, che, con riferimento al rapporto tra sussidiarietà e uguaglianza, osserva come «il concetto di eguaglianza evolve all'incontro con l'iniziativa sussidiaria, che forza a ripensare i sistemi deputati a combattere le discriminazioni con una sin qui inedita capacità di ammettere soluzioni flessibili e differenziate».

<sup>32</sup> GORI, *Terzo settore e costituzione*, cit., Torino, 2022, 81.

<sup>33</sup> Così, GORI, *Terzo settore e costituzione*, cit., Torino, 2022, 81.

<sup>34</sup> GIGLIONI, *Forme di cittadinanza legittimate dal principio di sussidiarietà*, in *Dir. soc.*, 2/2016, 305 ss.; Id., *I regolamenti comunali per la gestione dei beni comuni urbani come laboratorio per un nuovo diritto delle città*, in *Munus* 2/2016, 271 ss.; DURET, *Status activae civitatis. Nuovi orizzonti della sussidiarietà orizzontale nel community empowerment*, Napoli 2023.

servizio pubblico, ma che, in quanto destinate a soddisfare dei bisogni emersi nel tessuto sociale, devono essere “favorite” o comunque non ostacolate dal soggetto pubblico, in attuazione della disposizione costituzionale. Sono, insomma, attività d’interesse generale e non attività di servizio pubblico, considerato che, in linea di massima, le attività di interesse generale si distinguono dalle attività di servizio pubblico, quantomeno sino a che il soggetto pubblico non decida di garantire come servizio pubblico una determinata attività di interesse generale<sup>35</sup>.

Tuttavia, in altre accezioni di matrice più marcatamente liberale, il principio di sussidiarietà sarebbe invocabile anche per giustificare l’arretramento dell’azione pubblica nel campo dei servizi pubblici propriamente intesi. In questo senso, il principio di sussidiarietà orienterebbe la decisione amministrativa in ordine all’istituzione dei servizi pubblici: se i privati riescono a garantire autonomamente il soddisfacimento dei bisogni delle rispettive comunità, l’istituzione del servizio pubblico potrà non essere necessaria; al contrario, se i privati non sono idonei al compito, l’istituzione del servizio pubblico potrà ritenersi giustificata<sup>36</sup>. Per evitare che il principio di sussidiarietà venga invocato per disimpegnare i poteri pubblici, la mancata istituzione di un servizio pubblico non dovrebbe, tuttavia, dipendere dalla semplice presenza sul mercato di un’attività astrattamente rivolta alla soddisfazione dei bisogni, bensì dalla presenza sul mercato di un’attività capace di soddisfare quei bisogni secondo la logica del servizio pubblico, in conformità alla regolazione finalistica che l’ente pubblico reputa necessaria in termini di «*accessibilità fisica ed economica, continuità, non discriminazione, qualità e sicurezza*»<sup>37</sup>. Poiché è difficile che i privati di per sé riescano a svolgere l’attività a condizioni diverse da quelle di mercato, il servizio

---

<sup>35</sup> In tema, PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività d’interesse generale*, Torino, 2022, 181 ss.; N. VETTORI, *Visioni della sussidiarietà orizzontale e ruolo dell’amministrazione pubblica*, in *Ianus - Diritto e Finanza, Quaderni* 2025, 20 ss.

<sup>36</sup> È questa un’accezione che si rinviene nel recente d.lgs.23 dicembre 2022, n. 201 «*Riordino della disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*»; più esattamente, l’articolo 10 del decreto, rubricato «*Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*», al comma 4, dispone che i servizi facoltativi siano «*istituiti in esito ad apposita istruttoria, sulla base di un effettivo confronto tra le diverse soluzioni possibili, da cui risulti che la prestazione dei servizi da parte delle imprese liberamente operanti nel mercato o da parte di cittadini, singoli e associati, è inidonea a garantire il soddisfacimento dei bisogni delle comunità locali*». Dalla norma si evince, dunque che, se il mercato è in grado di soddisfare i bisogni, la sfera pubblica è destinata ad arretrare in quanto non sarebbe necessaria (o giustificabile) l’istituzione del servizio pubblico; in dottrina, già SORACE, *Note sui «servizi pubblici locali» dalla prospettiva della libertà di iniziativa, economica e non, dei privati*, in *Studi in onore di Vittorio Ottaviano*, Milano 1993, 1149; CORSO, *La gestione dei servizi locali fra pubblico e privato*, in *Servizi pubblici locale e nuove forme di amministrazione*, Atti del Convegno di Studi di Scienza dell’amministrazione tenutosi a Varenna il 21-23 settembre 1995, Milano 1997, 32; più di recente, con specifico riferimento alla disciplina del d.lgs. n. 202 del 2022, MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, in *La riforma dei servizi pubblici locali*, in CHIEPPA - BRUZZONE - MOLITERNI, (a cura di), Milano, 2023, 174.

<sup>37</sup> In questa prospettiva, ZAMPETTI, *Concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella recente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Dir. e soc.*, 3/2024, 511 ss.

pubblico potrà così essere istituito con maggior frequenza, in coerenza con il dovere dei pubblici poteri di soddisfare i bisogni delle rispettive comunità.

L'ambito del principio di sussidiarietà orizzontale è stato ulteriormente precisato dalla Corte costituzionale. Nella sentenza n. 131 del 2020<sup>38</sup>, la Corte ha ricondotto la sussidiarietà orizzontale ad una nuova forma dei rapporti tra amministrazione e privati, nel solco del modello di amministrazione condivisa, che, nelle più avanzate ricostruzioni dottrinali, postula una collaborazione a monte nella cura dell'interesse generale<sup>39</sup>. Più esattamente, secondo tale modello, amministrazione e privati collaborano insieme per individuare i bisogni e le azioni necessarie per la loro soddisfazione, in un rapporto privo di sinallagmaticità estraneo alle logiche del mercato e del profitto. Tuttavia, la Corte non si riferisce agli articoli 56 e 57 del codice del Terzo settore, ma esclusivamente agli istituti della co-programmazione e della co-progettazione di cui all'articolo 55 dello stesso codice, i quali prevedono delle forme di collaborazione tra i poteri pubblici e gli enti del Terzo settore deputate all'individuazione dei bisogni e alla definizione degli interventi necessari per la loro soddisfazione<sup>40</sup>. Nella prospettiva della Corte, l'individuazione dei bisogni e la definizione degli interventi non sono il frutto di un'esclusiva iniziativa pubblica, ma implicano una collaborazione attiva dei privati in grado di apportare il proprio autonomo contributo in una fase di programmazione prodromica all'eventuale assunzione del servizio pubblico<sup>41</sup>. Per il nostro ordinamento è attualmente questa l'accezione più avanzata della sussidiarietà orizzontale. Un'accezione che, nel presupporre l'attitudine dei privati a realizzare i bisogni sociali, la inquadra, però, in un modello collaborativo più complesso che richiede a privato e amministrazione di programmare e progettare insieme.

---

<sup>38</sup> Corte cost., 26 giugno 2020, n. 131; per un commento alla sentenza, ROSSI, *Il fondamento del Terzo settore è nella Costituzione. Prime osservazioni sulla sent. n. 131 del 2020 della Corte costituzionale*, in *Le Regioni*, 5/2020, 1184 ss.

<sup>39</sup> Sull'amministrazione condivisa, si veda principalmente ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 1997, 29 ss.

<sup>40</sup> Con specifico riferimento all'articolo 55 del d.lgs. n. 117 del 2017, la Corte evidenzia che «in espressa attuazione, in particolare, del principio di cui all'ultimo comma dell'art. 118 Cost., l'art. 55 CTS realizza per la prima volta in termini generali una vera e propria procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria», precisando che il citato art. 55 pone in capo ai soggetti pubblici il compito di assicurare «il coinvolgimento attivo degli ETS nella programmazione, nella progettazione e nell'organizzazione degli interventi e dei servizi, nei settori di attività di interesse generale definiti dall'art. 5 del medesimo CTS»; un siffatto coinvolgimento verrebbe ad integrare «un nuovo rapporto collaborativo (...)» attraverso il quale soggetti pubblici e soggetti privati (del Terzo settore) contribuirebbero insieme «alla realizzazione dell'interesse generale»; sugli istituti previsti dall'articolo 55 e, in particolare sulla co-progettazione, C. NAPOLITANO, *L'amministrazione condivisa: note sparse su co-progettazione ed enti del terzo settore*, in *Dialoghi di diritto amministrativo. Lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2020-2021*, in APERIO BELLA - CARBONE - ZAMPETTI (a cura di), Roma, 2022, 267 ss.; FREDIANI, *La co-progettazione dei servizi sociali*, Torino, 2021.

<sup>41</sup> In tema, con specifico riferimento alle forme di collaborazione pubblico – privato in sanità, APERIO BELLA, *Pubblico, privato e comunità in sanità. Un'unificazione di prospettive nel paradigma collaborativo*, in *Dir. e soc.*, 3/2024, 415 ss.

## 7. Servizio di trasporto sanitario e sussidiarietà orizzontale. Osservazioni conclusive

Alla luce delle considerazioni svolte sembrerebbe escludersi che il convenzionamento di cui agli articoli 56 e 57 del d.lgs. n. 117 del 2017, così come la disciplina sulle gare riservate sancita nel codice dei contratti pubblici, possano considerarsi attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale.

Il fatto che un servizio sociale sia affidato in convenzione agli enti del Terzo settore, o che una gara sia riservata agli enti senza scopo di lucro, non dovrebbe potersi giustificare in base al principio di sussidiarietà, considerato che, come si è già segnalato, il principio qualifica più esattamente una collaborazione tra privato e amministrazione in sede di programmazione e progettazione.

Nell'espletamento di un servizio affidato in convenzione, ai sensi dei richiamati artt. 56 o 57, di norma l'apporto del Terzo settore si limita all'esecuzione dell'attività già individuata dal soggetto pubblico, analogamente a quanto accade per l'apporto del privato nell'erogazione di un servizio affidato mediante gara. Una volta che una determinata attività viene assunta come servizio pubblico, risulta complessivamente assorbita nella dimensione pubblica, a prescindere dalla natura del soggetto che in concreto esegue la prestazione<sup>42</sup>. Se la prestazione è erogata da un privato, l'attività è svolta in un contesto organizzativo predisposto dall'amministrazione e, pertanto, non è riconducibile né all' "autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati", né a un momento programmatico a monte in cui l'apporto del privato serve ad individuare i bisogni e a pianificare gli interventi<sup>43</sup>. Lungi dal valorizzare "l'autonoma iniziativa", la convenzione stipulata tra l'amministrazione e l'ente del Terzo settore riguarda semplicemente le modalità di esecuzione delle prestazioni e alcuni specifici aspetti del rapporto, ma, a differenza di quanto accade per la co-programmazione e co-progettazione di cui all'art. 55<sup>44</sup>, presuppone generalmente

---

<sup>42</sup> F. TRIMARCHI BANFI, *Teoria e pratica della sussidiarietà orizzontale*, in *Dir. amm.*, 1/2020, 28 ss.; ZAMPETTI, *I servizi pubblici nel contesto pandemico. Riflessioni su libertà organizzativa, affidamento in house e principio di sussidiarietà*, in *Il governo dell'economia e la comunicazione pubblica ai tempi del Covid-19. La prospettiva giuridica*, in A. RIVIEZZO - R. BORRELLO (a cura di), Roma, 2022, 92.

<sup>43</sup> N. VETTORI, *Visioni della sussidiarietà orizzontale e ruolo dell'amministrazione pubblica*, cit., 40, rileva che «nel sistema integrato di erogazione dei servizi sociali il ruolo del privato è comunque limitato alla esecuzione: l'amministrazione definisce l'attività e "fa svolgere" al privato. Un esito che tradisce – almeno in parte – lo spirito dell'art. 118, c.4, Cost. che evoca l'autonoma iniziativa dei privati»; PALAZZO, commento all'art. 56 del d.lgs. n. 117 del 2017, cit., 343, esclude che le convenzioni di cui all'art. 56 del codice del Terzo settore siano espressione di una forma di condivisione della funzione amministrativa, a differenza di quanto si riscontra con riferimento ai procedimenti di co-programmazione e co-progettazione.

<sup>44</sup> Non è un caso che la citata sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020 individui la più significativa attuazione del principio di sussidiarietà orizzontale nell'articolo 55 del codice del Terzo settore e non negli artt. 56 e 57 del medesimo codice; dal suo canto, la giurisprudenza amministrativa ha rilevato che il tratto distintivo della collaborazione sussidiaria sia rappresentato dalla co-responsabilità e dalla co-costruzione del progetto, ossia nel coinvolgimento attivo degli enti

che l'amministrazione abbia già individuato l'attività deputata a soddisfare i bisogni.

Il *favor* riservato agli enti del Terzo settore deve allora essere ricercato altrove. Dalla direttiva si evince come la disciplina derogatoria sia in parte giustificata dalla natura dei servizi sociali, che di per sé ne riduce la dimensione transfrontaliera<sup>45</sup>, in parte dalla peculiarità degli enti del Terzo settore, il cui «*carattere particolare (...) sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva*»<sup>46</sup>. Altre indicazioni si ricavano dalla giurisprudenza della Corte di giustizia che, nelle già citate sentenze, ha affermato che, per risultare compatibile con la disciplina eurounitaria, l'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza ad associazioni di volontariato deve «*effettivamente contribuire alla finalità sociale così come al perseguimento degli obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio su cui detto sistema è basato*», precisando che le associazioni di volontariato non debbano comunque trarre «alcun profitto dalle loro prestazioni, a prescindere dal rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime, e che non procurino alcun profitto ai loro membri»<sup>47</sup>. Più che al principio di sussidiarietà, nella più avanzata accezione delineata dalla Corte costituzionale, il *favor* appare così riconducibile a una combinazione dei principi di buon andamento e ragionevolezza, nell'obiettivo di realizzare a costi sostenibili finalità solidaristiche e di utilità sociale attraverso enti specificamente adatti allo scopo<sup>48</sup>. Ciò non esclude che il *favor* possa anche attingere ai principi desumibili dagli articoli 2 e 3 della Costituzione, ma la scelta del Terzo settore rispetto al mercato o ad altre soluzioni ha pur sempre come obiettivo quello di massimizzare i risultati in termini economici e di beneficio per la collettività. Che sia così appare confermato anche dal codice del Terzo settore, laddove l'articolo 56 dispone che le convenzioni prevedano soltanto il rimborso delle spese e che siano utilizzabili solo se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato. Analoghe considerazioni valgono per l'articolo 57, il quale, come già precisato, richiede che l'affidamento diretto «*garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in*

---

del Terzo settore nella programmazione, progettazione e organizzazione degli interventi e dei servizi, così come sancito dal richiamato art. 55 del codice del Terzo settore (Cons. St., Sez. V, 22 maggio 2024, n. 4540).

<sup>45</sup> Così, Considerando 114 della direttiva 2014/24/UE.

<sup>46</sup> Così, Considerando 28 della direttiva 2014/24/UE.

<sup>47</sup> Corte giust., 11 dicembre 2014, *Spezzino*, cit.; Id., 28 gennaio 2016, *Casta*, cit.

<sup>48</sup> Corte giust., 14 luglio 2022, *Asade*: «*pertanto, il ricorso esclusivo agli enti privati senza scopo di lucro al fine di garantire la fornitura di tali servizi sociali può essere motivato sia dai principi di universalità e di solidarietà, propri di un sistema di assistenza sociale, sia da ragioni di efficienza economica e di adeguatezza, in quanto consente che tali servizi di interesse generale siano assicurati in condizioni di equilibrio economico sul piano finanziario, da enti costituiti essenzialmente al fine di tutelare l'interesse generale e le cui decisioni non sono guidate, come rileva il governo spagnolo, da considerazioni esclusivamente commerciali (v., per analogia, sentenza del 28 gennaio 2016, *Casta e a.*, C-50/14, EU: C: 2016.56, punto 57)*».

*condizioni di efficienza economica e adeguatezza*». Perché si deroghi all'ordinaria disciplina concorrenziale, è, pertanto, necessario che il convenzionamento con il Terzo settore rappresenti per l'amministrazione lo strumento più conveniente, tanto sotto il profilo economico quanto per i benefici che può arrecare<sup>49</sup>. In questo contesto, giustificare il *favor* in base al principio di sussidiarietà significherebbe attribuire al principio una portata piuttosto ridotta, già implicata nei richiamati artt. 2 e 3 della Costituzione, identificandolo genericamente nell'attitudine dei privati, singolarmente intesi o nelle formazioni sociali, ad intraprendere anch'essi attività per la concreta realizzazione dei bisogni sociali. Tuttavia, non sembra essere questo l'attuale e più avanzato significato della sussidiarietà orizzontale. Come si è più volte ribadito, il principio evoca, infatti, un preciso modello collaborativo che, lungi dal risolversi sul piano meramente esecutivo dell'attività, implica il coinvolgimento dei privati nell'individuazione dei bisogni e nella programmazione-progettazione degli interventi per soddisfare quei bisogni. Solo così inteso il principio di sussidiarietà può realmente forgiare un nuovo e generale modello di amministrazione, liberandosi dal riferimento obbligato agli enti del Terzo settore e aprendosi a un confronto con l'intera platea dei soggetti privati, compresi gli enti con finalità lucrative<sup>50</sup>.

---

<sup>49</sup> Come chiarito dalla giurisprudenza, la "maggiore convenienza rispetto al mercato" non deve intendersi riferita alla «mera convenienza economica», ma «dipende dai maggiori benefici conseguibili per la collettività in termini di maggiore attitudine del sistema a realizzare i principi di universalità, solidarietà, accessibilità, efficienza, economicità e adeguatezza, già presi in considerazione a monte nella normativa derogatoria di favore, attraverso il ricorso ad una convenzione, in luogo dell'applicazione della disciplina di diritto comune per l'affidamento dei servizi sociali» (TAR Campania, Napoli, Sez. V. 31.5.2023, n. 3327; v. anche Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali 31 marzo 2021, n. 72, recante «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo Settore)).

<sup>50</sup> G.U. RESCIGNO, *Principio di sussidiarietà orizzontale e diritti sociali*, in *Dir. pubbl.*, 1/2002, 29, rileva che la disposizione costituzionale «non distingue tra attività con fini di lucro e attività senza fini di lucro: i soggetti pubblici indicati favoriscono dunque sia iniziative economiche (con fini di lucro cioè) sia iniziative senza fini di lucro (salvo verificare se in base al principio di sussidiarietà, o in base ad altri principi costituzionali, vi debba essere una preferenza di una rispetto all'altra)»; MOLITERNI, *Perimetro del servizio pubblico locale e principio di sussidiarietà*, cit., 173; ZAMPETTI, *Concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella recente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, cit., 551 ss.

## LE PROCEDURE DI AFFIDAMENTO DEI SERVIZI DI TRASPORTO SANITARIO<sup>°</sup>

Edoardo Caruso

*Ricercatore Dipartimento di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Ferrara*

*Il contributo analizza le procedure di affidamento del trasporto sanitario ordinario quale ambito paradigmatico per indagare il bilanciamento tra concorrenza e solidarietà nel diritto dei contratti pubblici. Muovendo dall'approccio funzionale del diritto dell'Unione europea, l'analisi ricostruisce l'estensione delle regole di mercato e il ruolo delle deroghe, soffermandosi sulle diverse opzioni organizzative disponibili per le amministrazioni, dai modelli che disattivano il ricorso al mercato alle procedure riservate agli enti del Terzo Settore, ivi incluse anche le forme di amministrazione condivisa, fino al regime alleggerito per l'affidamento dei relativi appalti pubblici. Ne emerge un quadro nel quale il contemperamento tra valori concorrenziali e istanze solidaristiche non si realizza tanto a monte, attraverso l'individuazione dell'ambito di applicazione delle regole di mercato, quanto piuttosto a valle, in virtù di scelte amministrative orientate al principio del risultato e alla qualità, continuità e accessibilità dei servizi.*

*The paper examines the procedures for awarding ordinary non-emergency medical transport services as a paradigmatic field for analysing the balance between competition and solidarity in public procurement law. Building on the functional approach of European Union law, the analysis reconstructs the scope of market rules and the role of derogations, focusing on the different organisational options available to public authorities, ranging from models that exclude recourse to the market to procedures reserved for Third Sector entities, including forms of collaborative governance, and extending to the lighter regime applicable to the award of the relevant public contracts. What emerges is a framework in which the reconciliation between competitive values and solidaristic objectives does not take place primarily upstream, through the definition of the scope of application of market rules, but rather downstream, by virtue of administrative choices oriented towards the principle of performance and towards the quality, continuity and accessibility of services.*

### Sommario:

1. Profili introduttivi
- 1.2. L'(esteso) ambito applicativo del diritto dei contratti pubblici e il c.d. "sistema delle deroghe"
2. Le soluzioni organizzative che prescindono da una procedura a evidenza pubblica (*in house providing*, cooperazione pubblico-pubblico orizzontale e affidamento diretto "sotto-soglia")
3. Le procedure riservate agli ETS: il modello delle convenzioni ex art. 56 CTS
  - 3.1. Segue. I confini applicativi della co-progettazione e lo spazio per ulteriori procedure riservate agli ETS
4. *Ratio* e contenuti del 'regime alleggerito' per l'affidamento di servizi sociali: il livello europeo
  - 4.1. Segue...e quello nazionale
5. Cenni conclusivi

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Profili introduttivi

I servizi di trasporto sanitario a prevalente componente sanitaria rappresentano un osservatorio privilegiato per analizzare le tensioni e le interazioni che attraversano il diritto dei contratti pubblici e, più in generale, il rapporto tra i valori della concorrenza e quelli della solidarietà nei sistemi di welfare nazionali, già pienamente interessati dal diritto dell'Unione europea. Il trasporto sanitario rappresenta invero un settore che, più di altri, ha consentito di misurare l'impatto del diritto Ue su ambiti in precedenza sottratti all'applicazione di logiche e regole di mercato e, in tale prospettiva, può essere considerato una cartina di tornasole della capacità del diritto sovranazionale di confrontarsi con le istanze di coesione sociale e di tutela della persona. D'altronde, le principali pronunce della Corte di giustizia rilevanti in relazione a tali aspetti, e nello specifico rispetto all'impatto di logiche e regole di mercato sul settore dei servizi sociali e sanitari, hanno riguardato per l'appunto le attività in esame, incidendo in modo determinante sull'evoluzione della categoria dei servizi sociali di interesse generale (SSIG). Tra i servizi sociali e sanitari, da un lato, e i servizi di trasporto sanitario, dall'altro, è ravvisabile un rapporto di *genus* e *species* che presenta profili peculiari. Se, infatti, l'evoluzione della categoria più ampia dei servizi sociali e sanitari è stata in parte plasmata anche dalla giurisprudenza sviluppatasi con riferimento al trasporto sanitario, non tutte le condizioni e le soluzioni valide per la prima risultano automaticamente e integralmente trasferibili alla seconda. Come premessa metodologica, va pertanto chiarito che, nel corso della trattazione, il riferimento ai servizi sociali e sanitari è operato nei casi in cui vengano in rilievo profili e principi generali che investono anche il trasporto sanitario; a quest'ultimo si farà invece di norma riferimento quando l'analisi riguardi aspetti propri e caratterizzanti di tale più ristretta categoria.

Per lungo tempo, nella maggior parte delle regioni italiane, i servizi di trasporto sanitario – sia di emergenza e urgenza che ordinari – sono stati prestati in via prevalente da organizzazioni di volontariato operanti in stretta collaborazione con le amministrazioni sanitarie pubbliche<sup>1</sup>. Tale assetto, frutto di rapporti consolidati nel tempo e ispirato a finalità solidaristiche, comportava l'affidamento diretto dei servizi, senza procedure di selezione concorrenziale; si trattava di rapporti convenzionali riconducibili al c.d. «sistema delle

---

<sup>1</sup> PADOVANI, *Il trasporto sanitario e il ruolo delle Ipab tra codice del terzo settore, partenariato pubblico-pubblico e gara. L'esperienza della Regione Veneto*, in *Federalismi.it*, 26/2023; SANTUARI, *Il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza tra convenzioni e criteri di valutazione*, in *San. pub. priv.*, 2022; Id., *Il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza tra convenzioni e criteri di valutazione*, in *San. pub. priv.*, 2019; ID. *Organizzazioni di volontariato e trasporto sanitario: quid iuris?*, in *San. pub. priv.*, 2018; PELLIZZARI, *L'affidamento dei servizi di ambulanza alle organizzazioni di volontariato Consiglio di Stato, Sez. III, ord. 3 marzo 2021, n. 1797*, in *Urb. app.*, 2015; VIPIANA, *L'affidamento dei servizi socio-sanitari, con particolare riguardo ai servizi di trasporto dei malati*, in *Corti supreme salute*, 2018; ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus*, 2012, 115 ss.

convenzioni», che il legislatore nazionale ha tentato di sistematizzare, tra gli anni '90 e i primi anni '00, in termini distinti rispetto alla regolazione dei contratti pubblici, nell'ambito delle leggi quadro dedicate ai singoli enti del terzo settore<sup>2</sup>.

Questo modello di cooperazione tra enti pubblici e una parte del terzo settore, radicato nella tradizione italiana di sussidiarietà e partecipazione civica, ha tuttavia suscitato rilievi nel confronto con il diritto dell'Unione europea, che ha progressivamente ricondotto tali attività nell'ambito dei servizi di interesse economico generale (SIEG), soggetti ai principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza. Ne è derivata una tensione sistemica tra l'impostazione solidaristica nazionale e l'approccio pro-concorrenziale europeo, che ha reso il trasporto sanitario uno dei campi più significativi per osservare il dialogo – e talvolta il conflitto – tra modelli di welfare e regole di mercato.

Nello specifico, dopo un periodo iniziale di tendenziale disinteresse della Comunità europea per i servizi sociali e sanitari (giustificato tanto dalla loro limitata rilevanza transfrontaliera quanto dalla ritrosia degli Stati membri ad accettare la comunitarizzazione di attività che costituiscono il nocciolo duro del Welfare State), sul finire degli anni '90 la CE ha iniziato a occuparsi di attività diverse dai servizi economici a rete. E lo ha fatto dapprima in termini meramente incidentali e quasi «in negativo», al fine di accertare l'assenza di carattere economico dei servizi in esame e, quindi, la loro sottrazione alle regole di mercato. E, solo a partire dalla metà degli anni '00, mediante un approccio “positivo” che ha trovato espressione nelle Comunicazioni della Commissione del 2006 e del 2007<sup>3</sup> cui la dottrina riconosce il merito di aver dato avvio al processo di europeizzazione della categoria dei servizi sociali e sanitari, come pure di aver tentato, per la prima volta a livello Ue, di fornire una definizione alla nozione di servizio sociale, nonché di delinearne i tratti essenziali, specificando come vi rientrano attività volte a coprire i «rischi fondamentali dell'esistenza» e a svolgere un «ruolo preventivo e di coesione/inclusione sociale»<sup>4</sup>.

Alla luce di tale quadro, la presente indagine verterà principalmente sul trasporto sanitario *ordinario*, mentre rimarrà sullo sfondo il regime eccezionale previsto per il trasporto di *emergenza e urgenza*<sup>5</sup> che, in quanto tendenzialmente

---

<sup>2</sup> Cfr. art. 7 l. quadro sul volontariato 11 agosto 1991 n. 266; art. 5 l. 8 novembre 1991, n. 381 recante la disciplina delle cooperative sociali; d.lgs. 4 dicembre 1997, n. 460 sulle Organizzazioni non lucrative di utilità sociale; art. 30 l. 7 dicembre 2000, n. 383 sulle associazioni di promozione sociale. Da ultimo, sul terzo settore v. CRISMANI (a cura di), *Il Terzo Settore come organizzazione della solidarietà*, Pisa 2025.

<sup>3</sup> Comunicazioni della Commissione, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, 26 aprile 2006, COM(2006)177, def. e *I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, 20 novembre 2007, COM(2007) 725, def.

<sup>4</sup> Da ultimo sui SSIG, v. SANTUARI, *Le attività di interesse generale degli enti del terzo settore alla luce del diritto europolitano*, in CRISMANI (a cura di), *Il Terzo Settore*, cit., 153 ss.

<sup>5</sup> Per trasporto sanitario di emergenza si intende qualsiasi situazione che richieda un intervento sanitario tempestivo e immediato, a causa di un pericolo di vita imminente. Per trasporto di urgenza

estraneo all'applicazione delle logiche e regole di mercato, offre minori indicazioni rispetto alla prospettiva assiologica indicata, incentrata sul rapporto tra solidarietà e concorrenza.

Sempre al fine di inquadrare l'oggetto dell'analisi, il tema di questo scritto – le procedure di affidamento dei servizi di trasporto sanitario – verrà inteso in senso lato, considerando sia gli aspetti procedimentali (la gara in senso stretto) sia quelli propriamente organizzativi; d'altronde, se in generale l'individuazione di una determinata procedura di affidamento di un servizio pubblico non può mai dirsi del tutto avulsa dalle questioni inerenti la scelta di un determinato modello organizzativo, questo vale – come si avrà modo di dimostrare – a maggior ragione per le attività riconducibili alla categoria dei SSIG, inclusi i servizi di trasporto sanitario, in virtù della più ampia discrezionalità organizzativa che il diritto Ue riconosce ai singoli Stati membri.

Questa prospettiva rende opportuno un preliminare inquadramento concettuale e metodologico sul carattere funzionale e sostanzialistico del diritto europeo dei contratti pubblici e delle nozioni che lo compongono, in particolare quelle di operatore economico, appalto pubblico, di attività di rilevanza economica, nonché quelle, a quest'ultima connesse, di onerosità e di corrispettivo. Queste nozioni, infatti, definiscono l'ambito di applicazione dei principi e delle regole di mercato: si tratta di un primo livello – quello a monte – da cui possono ricavarsi alcune indicazioni sul bilanciamento tra i suddetti valori (concorrenza e solidarietà) in un determinato momento storico. Tuttavia, come di seguito illustro, le modalità di funzionamento del diritto Ue sono tali che è il livello a valle – quello rappresentato dal sistema delle deroghe giustificate da ragioni di solidarietà – a fornire maggiori e più pregnanti indicazioni in tal senso.

## **1.2. L'(esteso) ambito applicativo del diritto dei contratti pubblici e il c.d. "sistema delle deroghe"**

L'approccio funzionale rappresenta una invariante del processo di integrazione europea, che presuppone il superamento delle qualificazioni formali proprie dei singoli ordinamenti nazionali e della frammentazione derivante dalle diverse tradizioni giuridiche nazionali; ma nel settore dei contratti pubblici, e più in generale, in tutto il mercato interno, esso assume una pregnanza ancora maggiore in quanto strumentale ad estendere l'ambito di applicazione delle libertà economiche di circolazione, a rafforzare la loro effettività, a favorire gli scambi transfrontalieri e, in ultima istanza, alla realizzazione del mercato unico.

---

si intende, invece, ogni situazione in cui è necessaria una prestazione sanitaria non rimandabile, la cui assenza potrebbe rendere critiche le condizioni del paziente, il quale necessita della presenza di personale sanitario qualificato, in grado di prestare anche il primo soccorso. Da ultimo v. BEFANI, *Gli affidamenti dei servizi di trasporto sanitario e d'emergenza: la 'terza via' tra Stato e mercato*, in CRISMANI (a cura di), *Il Terzo Settore*, cit., 329 ss.

La nozione di *operatore economico* comprende qualunque soggetto che svolge attività economica offrendo beni o servizi sul mercato, risultando irrilevanti dati “endogeni” quali la natura giuridica, pubblica o privata, così come la finalità perseguita, di lucro o non. Tale nozione ben può estendersi anche alle pubbliche amministrazioni *stricto sensu* di guisa che anche i rapporti tra amministrazioni non aventi a oggetto il potere pubblico sono di norma sottoposti alla piena applicazione delle direttive. A maggior ragione, possono rientrare in tale nozione tutti i soggetti non profit – inclusi quelli interamente privi di fini di lucro, quali le associazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale – che, infatti, possono entrare in concorrenza con le imprese partecipando alle gare per l’aggiudicazione di appalti pubblici. Pertanto, una procedura di gara riservata agli operatori economici non profit costituisce, in linea di principio, una violazione del principio di parità di trattamento nei confronti degli operatori for profit. Tuttavia, come a breve si vedrà, una simile differenziazione può ritenersi compatibile con il diritto dell’Unione a determinate condizioni, di norma solo se risulti oggettivamente giustificata dal contributo che la riserva garantisce in termini di perseguimento dell’interesse generale e, nello specifico, degli obiettivi propri del sistema di assistenza sociale.

Per *appalto pubblico* si intende ogni contratto oneroso stipulato tra un’amministrazione aggiudicatrice e un operatore economico per l’esecuzione di lavori, la fornitura di beni o la prestazione di servizi<sup>6</sup>. A livello nazionale è stata a lungo diffusa la prassi, ancora non completamente abbandonata, di dare rilievo alla natura giuridica del rapporto consensuale tra la p.a. e il privato – inquadrato quale convenzione, accordo pubblicistico, accordo o patto collaborativo etc. – in funzione di distinguo dai contratti pubblici, col fine ultimo di giustificare la non applicazione della disciplina sugli affidamenti propria dei *public procurement*. Trattasi di approccio non rispettoso del funzionalismo richiesto dal diritto Ue per cui la nozione in esame prescinde completamente dalla qualificazione giuridico-formale del rapporto nel diritto interno: ciò che rileva non è la forma del vincolo giuridico ma la presenza di un sinallagma economico, ossia lo scambio di prestazioni a fronte di un corrispettivo per l’operatore economico. Tralasciando i rapporti tra due soggetti pubblici espressione della loro potestà di organizzazione interna (quali le ipotesi di cooperazione pubblico-pubblico<sup>7</sup> o di mero trasferimento di competenze<sup>8</sup>), così come le fattispecie prive del carattere di consensualità<sup>9</sup> e le ipotesi in cui manca una

---

<sup>6</sup> L’art. 2, par. 1, n. 5 direttiva 2014/24/Ue definisce gli appalti pubblici quali «contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l’esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi».

<sup>7</sup> Corte giust. 9 giugno 2009, C-480/06, *Commissione c. Germania*.

<sup>8</sup> Cfr. Corte giust., 21 dicembre 2016, C-51/15, *Remondis GmbH*.

<sup>9</sup> Corte giust., 14 luglio 2022, C-436/20, *ASADE*.

selezione di carattere comparativo<sup>10</sup>, sono solo i rapporti privi di carattere oneroso a poter essere considerati a monte esclusi dalla nozione di appalto pubblico.

Occorre, pertanto, focalizzare l'attenzione sulle nozioni di onerosità, di corrispettivo e, più in generale, di attività di rilevanza economica.

Come noto, secondo l'impostazione di matrice europea la nozione di *attività di rilevanza economica* determina l'applicazione delle regole di mercato: se presentano carattere economico, i servizi sociali e sanitari sono a tutti gli effetti qualificabili quali *servizi di interesse economico generale* (SIEG) e quindi soggetti, almeno *prima facie* (i.e. in assenza di deroghe e/o eccezioni), all'applicazione delle regole di mercato; solo per i servizi di interesse generale non economico (SNEIG), infatti, il diritto Ue lascia interamente impregiudicata la competenza degli Stati membri nell'organizzazione ed erogazione delle relative prestazioni (cfr. Protocollo 26, TFUE). Va tuttavia considerato come tali nozioni (attività di rilevanza economica, servizio non economico di interesse generale), il cui inquadramento si basa su valutazioni ben lontane da una scienza esatta, tendono a variare nel contesto delle libertà fondamentali di circolazione e nel diritto della concorrenza<sup>11</sup>, con la conseguenza che i due sub-settori disciplinari presentano ambiti di applicazione differenti.

Limitando l'attenzione al diritto Ue del mercato interno<sup>12</sup>, ai fini della qualificazione di un'attività come economica sono pressoché irrilevanti le concrete modalità di organizzazione e di fornitura della prestazione, rilevando al riguardo esclusivamente la presenza di una retribuzione o, meglio, di un *corrispettivo economico* per la prestazione considerata, indipendentemente dal soggetto – utente o Stato membro – che paga per il servizio.

Conclusioni analoghe valgono, ovviamente, in tema di contratti pubblici, come si ricava dalla copiosa giurisprudenza che si è soffermata sulla nozione di appalto

---

<sup>10</sup> Corte giust., 2 giugno 2016, C-410/14, *Falk Pharma*; Corte giust., 1° marzo 2018, C-9/17, *Tirkkonen*, p. 29; cfr. pure i p. 44 ss. delle relative conclusioni.

<sup>11</sup> Così l'Avv. Generale nelle conclusioni del 3 febbraio 2022 relative alla causa C-436/20, *ASADE*, p. 51.

<sup>12</sup> Nel *diritto della concorrenza* sono stati sviluppati due distinti approcci: uno *ordinario*, basato su una concezione teorica e astratta del mercato e della sua sussistenza (anche solo ipotetica o potenziale), tale per cui un'attività è economica se, anche solo potenzialmente, l'offerta di beni e servizi possa essere svolta in un contesto di mercato; l'altro *specifico* per le attività a valenza sociale (quali istruzione, sanità, previdenza e assistenza), più cauto in quanto conduce a una nozione più ristretta di economicità. Esso, infatti, attribuisce positivo rilievo a determinati elementi o indici di solidarietà/universalità emergenti in tali attività (tra cui il perseguimento di un obiettivo sociale e l'assenza di scopo di lucro), per farne discendere l'assenza di carattere economico dell'attività e, quindi, la non applicazione degli artt. 101 ss. del TFUE ove gli stessi indici risultino prevalenti sulla concorrenza. Da ciò consegue che, nei settori a spiccata valenza sociale, il diritto della concorrenza presenza un ambito di applicazione più circoscritto. Cfr. GALLO, *I servizi di interesse economico generale. Stato, mercato e welfare nel diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, 331 ss. e MOLITERNI, *Solidarietà e concorrenza*, cit., 109 ss. e 125 ss. Da ultimo, v. Tribunale di primo grado della Corte giust., sez. VII, T-223/18 del 2 giugno 2021 (con commento di PELLIZZARI - PARONA, *Il servizio sanitario nazionale alla prova della disciplina europea in materia di aiuti di Stato*, in *Dir. pubbl.*, 915 ss.).

quale «contratto oneroso». In relazione al *quantum* del corrispettivo, i giudici Ue hanno chiarito che «un contratto non può esulare dalla nozione di appalto pubblico per il solo fatto che la remunerazione in esso prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio convenuto»<sup>13</sup>; anzi, in alcune decisioni un contratto è stato ritenuto oneroso anche se la remunerazione era limitata al rimborso *parziale* delle spese sostenute per fornire il servizio concordato<sup>14</sup>.

Si può quindi affermare che la categoria del “*servizio non economico di interesse generale*” (cfr. considerando n. 6 direttiva 2014/24/UE) nel settore dei contratti pubblici presenti confini piuttosto circoscritti, dovendosi riconoscere la rilevanza economica anche a servizi in cui il corrispettivo è limitato al rimborso delle spese o, financo, non risulta nemmeno sufficiente per coprire tutti i costi necessari per la sua erogazione.

Le categorie europee esaminate sono state evidentemente sviluppate dalle Istituzioni Ue seguendo approcci funzionalistici che hanno consentito di estendere i confini applicativi delle libertà economiche di circolazione anche ai servizi sociali in senso lato, ovvero a settori in precedenza modellati sulla base di logiche in parte diverse da quelle contrattuali e di mercato. In tal modo si è resa possibile la penetrazione del diritto Ue dei contratti pubblici nei sistemi nazionali di assistenza sociale/sanitaria, ben prima che i servizi in esame venissero a tutti gli effetti inseriti nell’ambito applicativo delle direttive sui *public procurement* del 2014.

Questo processo, per quanto talvolta inquadrato in termini di (mera) “mercattizzazione” dei sistemi di *welfare* nazionali, ad avviso di chi scrive riflette (anche) la volontà dell’ordinamento sovranazionale di riservarsi il potere di definire il regime giuridico di tali servizi, sottraendo agli Stati membri la competenza esclusiva nel determinare le deroghe rispetto alla disciplina ordinaria dei contratti pubblici. Altrimenti detto, il rapporto tra le esigenze concorrenziali di mercato e quelle solidaristiche sottese a molti modelli organizzativi diffusi nel settore del trasporto sanitario (es. affidamenti diretti e regimi di riserva per enti del terzo settore) si traduce nella dialettica “regola” (applicazione delle regole ordinarie per l’affidamento di contratti pubblici) - “deroga”. Ciò, tuttavia, non pare implicare una preminenza assiologica del mercato e dei suoi valori, ma può essere inteso quale soluzione giuridica volta a consentire all’ordinamento Ue di verificare l’appropriatezza, in termini di ragionevolezza e proporzionalità, delle soluzioni organizzative individuate da legislatori e amministrazioni nazionali. Alla luce di ciò si è in precedenza affermato che, per identificare il punto di equilibrio nel bilanciamento tra il principio di concorrenza e il principio di solidarietà, occorre concentrarsi sul livello a valle: il c.d. “sistema delle deroghe” rappresentato da tutte le ipotesi in cui l’ordinamento consente un arretramento delle regole e delle logiche di mercato, così da accrescere l’autonomia regolativa degli Stati membri.

---

<sup>13</sup> Corte giust. 28 gennaio 2016, C- 50/14, *CASTA*, p. 52.

<sup>14</sup> Corte giust., 18 ottobre 2018, C- 606/17, *IBA Molecular Italy Srl*, p. 29 e Corte giust., 11 dicembre 2014, C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino»*.

Questa impostazione, valevole in linea generale per l'insieme dei servizi sociali e sanitari, trova nel settore del trasporto sanitario una specifica e particolarmente significativa declinazione. A ben vedere, il sistema delle deroghe si presenta articolato e composito, differenziandosi per fonte, contenuto e *ratio*.

Quanto alla *fonte*, vanno anzitutto richiamate le deroghe di matrice pretoria (ancorché non prive di un fondamento nel diritto dei trattati): le più rilevanti nel settore in esame sono quelle delineate nelle sentenze *Spezzino* e *CASTA*, basate sui *motivi imperativi di interesse generale* (la c.d. *rule of reason*)<sup>15</sup>, nonché quella sviluppata nella sentenza *ASADE* muovendo dalla accezione sostanziale del principio di *parità di trattamento*, secondo cui situazioni analoghe non devono essere trattate in maniera diversa, salvo che ciò non sia giustificato da *ragioni obiettive*. In altri casi, invece, è lo stesso legislatore a prevedere, a monte, un arretramento delle regole di mercato, che può essere totale o parziale (es. art. 10, lett. h e art. 74 ss. della direttiva appalti).

E invero, venendo all'analisi dei *contenuti* delle deroghe, alcune si risolvono in una completa esclusione (o financo estraneità) dall'ambito di applicazione delle direttive: è l'ipotesi, ad esempio, che trova fondamento nel *considerando* 28 e nell'art. 10, lett. h della direttiva appalti che escludono dall'ambito di applicazione della stessa direttiva alcuni servizi di emergenza e urgenza, tra cui il trasporto sanitario, qualora erogati da organizzazioni senza scopo di lucro (cfr. cons. 28 e art. 10, lett. h direttiva appalti). A risultati simili sul piano materiale (ammissibilità dell'affidamento in via prioritaria e diretta, in assenza di qualsiasi forma di pubblicità, del trasporto sanitario ad associazioni di volontariato) sono giunte le sentenze *Spezzino* e *CASTA*; in questo caso, tuttavia, trattandosi di un'esclusione a valle di matrice giurisprudenziale (*i.e.* una deroga in senso stretto), occorre rispettare alcune condizioni affinché la deroga basata sui motivi imperativi di interesse generale risulti rispettosa del principio di proporzionalità. Nel caso di specie, la CGUE ha dato rilievo alla funzionalità delle soluzioni organizzative contestate rispetto ai principi di universalità e solidarietà e di efficienza economica delle finanze pubbliche, valorizzando l'importanza che a tali principi è riconosciuta anche dall'ordinamento Ue<sup>16</sup>.

Diversamente, gli art. 74 ss. della direttiva appalti costituiscono una semplice "deviazione" rispetto alle regole ordinarie di affidamento degli appalti nella

---

<sup>15</sup> L'ampia nozione di misura restrittiva elaborata dalla giurisprudenza UE ha spostato il bilanciamento tra libertà di circolazione e interessi pubblici nell'ambito del sistema delle deroghe. Sebbene il Trattato preveda solo deroghe espresse (ordine pubblico, sicurezza, salute, ecc.), la Corte ha, per un verso, riconosciuto anche ulteriori esigenze imperative di interesse generale, come tutela dell'ambiente o dei lavoratori, purché non di natura meramente economica; per l'altro, ha "procedimentalizzato" l'uso delle deroghe secondo la c.d. *rule of reason*.

<sup>16</sup> Nello specifico, la Corte ha dato rilievo al fatto che il rimborso spese fosse effettivo (e quindi non forfettario), che le associazioni non traessero profitto dalle convenzioni né per loro né per i loro membri, non perseguissero obiettivi diversi e che usassero solo quei lavoratori necessari al loro regolare funzionamento.

misura in cui prevedono, per i servizi sociali di cui all'allegato XIV, l'applicazione di un regime di evidenza pubblica semplificato o alleggerito che deve comunque risultare rispettoso dei principi di trasparenza e parità di trattamento. Nella stessa direzione si muove la sentenza *ASADE* che, però, facendo leva sull'accezione sostanziale della parità di trattamento, ammette procedure riservate a soggetti privi di scopo di lucro (nb. non solo le associazioni di volontariato) allorquando tale trattamento differenziato tra operatori economici *profit* e *non profit* sia giustificato dal raggiungimento degli obiettivi del sistema di assistenza sociale, nello specifico dei principi di universalità, solidarietà ed efficienza di bilancio.

Infine, per quanto concerne la *ratio* delle ipotesi di deroga, seppur con alcune differenze che saranno di seguito evidenziate, quelle sin qui esaminate rappresentano un arretramento del diritto Ue giustificato da una sorta di "deferenza" (*i.e.* di particolare attenzione) dell'ordinamento sovranazionale nei confronti di interessi/valori sensibili (tutela della persona e della salute, solidarietà) ormai centrali anche a livello di costituzione UE, nonché nei confronti degli Stati membri e della loro discrezionalità: ciò al fine di consentire loro di stabilire, anche in una logica di differenziazione, il livello di tutela da garantire a tali valori e di individuare il modello di welfare più adatto alle specifiche esigenze nazionali. Questa *ratio* si distingue nettamente da quella che deriva, in altri casi, dal semplice disinteresse del diritto dell'Unione per ragioni di mercato o comunque di natura economica. È quanto avviene, ad esempio, nell'applicazione del regime alleggerito – in luogo di quello ordinario – ad alcuni servizi che, per caratteristiche oggettive, dimensionali o funzionali, presentano un interesse transfrontaliero limitato e risultano, pertanto, marginali ai fini della costruzione e del consolidamento del mercato interno (come i servizi alberghieri e di ristorazione).

## **2. Le soluzioni organizzative che prescindono da una procedura a evidenza pubblica (*in house providing*, cooperazione pubblico-pubblico orizzontale e affidamento diretto "sotto-soglia")**

Alla luce di tale cornice metodologica, il sistema delle alternative organizzative a disposizione delle amministrazioni per la gestione del trasporto sanitario ordinario si articola in più modelli. D'altronde, queste attività non rientrano tra i servizi pubblici locali di rilevanza economica, ora disciplinati dal d.lgs. n. 201/2022, le cui forme di gestione sono tipizzate<sup>17</sup>. Per i servizi pubblici

---

<sup>17</sup> Tale affermazione trova un duplice fondamento: da un lato, la titolarità delle funzioni in materia di trasporto sanitario in capo alle aziende sanitarie, che non sono enti locali (l'art. 2 del d.lgs. n. 201/2022 rinvia, infatti, all'art. 2, comma 1 del TUEL); dall'altro, la convinzione – non unanimemente condivisa in dottrina – secondo cui i servizi sociali non rientrano nei confini applicativi del d.lgs. n. 201/2022, volto a disciplinare i (soli) servizi pubblici locali che presentano sempre e comunque rilevanza economica (*i.e.* sia per il diritto del mercato interno sia per il diritto della concorrenza). *Contra*, DELSIGNORE, *L'ambito di applicazione: i servizi pubblici locali di rilevanza*

locali non rientranti in tale disciplina residua, invero, maggior spazio per scelte differenziate dei legislatori regionali; il che, evidentemente, priva la seguente trattazione di qualsiasi pretesa di esaustività.

Vanno innanzitutto esaminate le ipotesi in cui le amministrazioni, nell'esercizio della loro potestà di autorganizzazione, optano per soluzioni organizzative alternative all'esternalizzazione e al ricorso al mercato. In questi casi appare più corretto parlare di una *disattivazione* delle regole concorrenziali e di mercato, piuttosto che di una loro deroga.

Si fa riferimento, oltre alla gestione "interna" in economia, alle ipotesi di autoproduzione pura (affidamento diretto a società *in house* mono-partecipata), di autoproduzione in collaborazione (*in house* pluri-partecipato) nonché di collaborazione orizzontale tra amministrazioni (il c.d. partenariato pubblico-pubblico). Come hanno in più occasioni chiarito i giudici europei, anche con riguardo al trasporto sanitario (nella sentenza Azienda ULSS n. 6 Euganea del febbraio 2020<sup>18</sup>), il diritto Ue dei contratti pubblici non priva le amministrazioni nazionali della possibilità di scegliere tra modalità di gestione "interne" al settore pubblico e l'esternalizzazione a privati, limitandosi a dettare regole volte ad assicurare il rispetto delle libertà fondamentali nel caso venga scelta questa seconda soluzione. Le condizioni elaborate dalla giurisprudenza per il legittimo ricorso all'affidamento *in house* e alla cooperazione pubblico-pubblico, poi positivizzate dalle direttive del 2014, svolgono precipuamente la funzione di assicurare che il ricorso a questi modelli organizzativi alternativi al mercato sia "genuino" e non comporti elusioni delle regole di mercato né effetti distorsivi delle dinamiche concorrenziali.

Quanto ai possibili limiti rintracciabili nell'ordinamento nazionale, i profili di maggiore criticità riguardano il trasporto sanitario di emergenza e urgenza. La "clausola di priorità" prevista dall'art. 57 del Codice del Terzo Settore (CTS) per l'affidamento diretto in convenzione alle organizzazioni di volontariato è stata da alcuni interpretata – in modo non convincente – come una sorta di principio di residualità nell'utilizzo di altre soluzioni organizzative. Secondo tale lettura, che però ha trovato diverse smentite in giurisprudenza<sup>19</sup>, il ricorso all'appalto, alla cooperazione pubblico-pubblico o all'affidamento *in house* sarebbe ammesso solo in via subordinata rispetto alla convenzione con le ODV<sup>20</sup>.

Per quel che concerne invece il trasporto sanitario ordinario, i modelli dell'autoproduzione e della collaborazione tra amministrazioni non sono soggetti

---

*economica*, in VILLATA (a cura di), *La riforma dei servizi pubblici locali*, Torino, 2023, 6 ss. che ritiene applicabile il d.lgs. n. 201 anche ai servizi sociali.

Sul rapporto tra sussidiarietà orizzontale e servizi pubblici locali, v. da ultimo ZAMPETTI, *Concorrenza e sussidiarietà orizzontale nella recente disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica*, in *Dir. soc.*, 3, 2024, 511 ss.

<sup>18</sup> CGUE, 6 febbraio 2020, C-11/19, *Azienda ULSS n. 6 Euganea*.

<sup>19</sup> Da ultimo, Tar Veneto, sez. III, 7 febbraio 2022, n. 234.

<sup>20</sup> Sul tema PADOVANI, *Il trasporto sanitario*, cit.

a limiti ulteriori a quelli derivanti dal rispetto delle ordinarie condizioni per farvi ricorso, previsti dall'art. 12 della direttiva appalti e dall'art. 7 del Codice dei contratti pubblici.

Solo per l'*in house providing*, com'è noto, il legislatore statale impone un onere motivazionale rafforzato, richiedendo alle stazioni appaltanti di dar conto dei vantaggi per la collettività, delle esternalità connesse e della congruità economica della scelta, in relazione agli obiettivi di universalità, socialità, efficienza, economicità, qualità delle prestazioni, celerità e buon impiego delle risorse pubbliche. Significativi chiarimenti sul punto provengono dalla giurisprudenza. In particolare, Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2021, n. 3682 ha riconosciuto, come legittimi vantaggi cui dar rilievo per scegliere all'autoproduzione, quelli propri e strutturalmente connaturati al modello *in house*. Tra questi, l'influenza diretta e immediata che l'amministrazione può esercitare sulla gestione tramite il controllo analogo, la maggiore professionalità e continuità del personale dipendente e la capacità della società *in house* – per dimensioni e struttura organizzativa – di assicurare uniformità, copertura completa e standard operativi omogenei su tutto il territorio. Inoltre, i giudici hanno considerato rilevante tanto il fatto che la soluzione *in house* consente la razionalizzazione e standardizzazione di procedure e approvvigionamenti, evitando la frammentazione tra più soggetti; quanto, sul versante economico, il fatto che il soggetto *in house* non persegue profitto e può operare secondo costi reali e economie di scala, eliminando l'alea tipica dell'affidamento a operatori privati e garantendo una gestione più trasparente, stabile ed efficiente<sup>21</sup>.

Un'ulteriore e distinta ipotesi in cui si può legittimamente prescindere dall'espletamento di procedure ad evidenza pubblica riguarda gli affidamenti a terzi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea. Limitando l'attenzione alla disciplina del Codice dei contratti pubblici relativa agli appalti sotto-soglia, il combinato degli artt. 14, co. 1 e 50 legittima, per un verso, l'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, per contratti di importo inferiore a 140.000 euro; per altro verso, la procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, per gli affidamenti di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino all'importo di 750.000 euro, ovvero la soglia più elevata prevista dalla direttiva appalti per i servizi cui trova applicazione il c.d. regime alleggerito (si tratta dei servizi sociali e degli altri servizi specifici di cui all'allegato XIV, tra cui rientra anche il trasporto sanitario).

---

<sup>21</sup> Simile la posizione di Cons. Stato, sez. III, 22 ottobre 2023, n. 9179 che, tra i vantaggi dell'affidamento *in house*, ha riconosciuto la possibilità di una gestione unitaria dei servizi, la maggiore semplicità organizzativa derivante dall'utilizzo della struttura interna già operativa, le economie di scopo generate dall'impiego congiunto di risorse, tecnologie e know-how, nonché una complessiva convenienza economica rispetto alla gestione tramite appalto. Inoltre, è stato affermato che la valutazione dei benefici può essere formulata in modo unitario e globale e che il criterio economico ha valore complementare, assumendo rilievo solo a parità di condizioni qualitative ed efficacia.

Al riguardo, tuttavia, vanno attentamente considerati i limiti derivanti dall'applicazione del principio di rotazione, nei termini di seguito chiariti. A differenza del d.lgs. n. 50/2016, che estendeva ai servizi sociali di cui all'allegato XIV della direttiva appalti la disciplina del sotto soglia prevista dall'art. 36 per i servizi ordinari, il d.lgs. n. 36/2023 ha optato – come chiarito nella Relazione alla bozza di Codice – per una prospettiva maggiormente liberalizzante: l'art. 128, comma 8, applicabile anche al trasporto sanitario, non contiene più alcun richiamo alla disciplina generale sugli affidamenti sotto soglia, limitandosi a richiedere, per gli affidamenti di servizi alla persona di importo inferiore a 750.000 euro, il rispetto dei «principi e criteri di cui al comma 3 del presente articolo».

Si tratta di una soluzione che recepisce le numerose critiche rivolte all'estensione ai servizi alla persona del principio di rotazione, ritenuto contrastante con i principi che devono reggere l'affidamento di tali servizi, su tutti qualità e continuità. La portata liberalizzante della novità è stata però in parte ridimensionata in via interpretativa: il MIT e alcuni TAR, con posizioni di retroguardia e improntate prevalentemente a logiche meramente concorrenziali, sono giunti ad escludere la possibilità di affidamenti diretti<sup>22</sup> o, comunque, ad ammettere in termini particolarmente restrittivi le deroghe motivate al principio di rotazione<sup>23</sup>. La giurisprudenza di secondo grado finora intervenuta sul tema ha assunto posizioni più coerenti con la scelta “liberalizzante” del legislatore<sup>24</sup>, ma ha comunque ribadito che, per derogare al principio di rotazione, occorre una motivazione adeguata che evidenzi come tale deroga sia funzionale al rispetto dei principi e criteri di cui all'art. 128, comma 3, ovvero «la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi», tenendo conto anche delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati, nonché della promozione, del coinvolgimento e della responsabilizzazione degli utenti<sup>25</sup>.

Ad opinione di chi scrive, l'onere motivazionale richiesto per derogare al principio di rotazione risulta più agevolmente soddisfatto con riferimento a servizi sociali ad alta intensità relazionale – quali quelli rivolti ad anziani, disabili o soggetti vulnerabili – nei quali la continuità del gestore costituisce un elemento essenziale della qualità del servizio. Diversamente, nel trasporto sanitario ordinario, caratterizzato da prestazioni standardizzate e da un rapporto non personalizzato con l'utenza, la continuità del prestatore difficilmente può assurgere a ragione determinante per giustificare la deroga.

---

<sup>22</sup> Parere n. 2103 del 5 luglio 2023 del Supporto giuridico del servizio Contratti pubblici del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti

<sup>23</sup> Tar ANAC. Abruzzo, Pescara, sez. I, 7 dicembre 2024, n. 365

<sup>24</sup> Cga Sicilia, sez. giur., 24 febbraio 2025, n. 108

<sup>25</sup> Per una esaustiva declinazione di tali principi, cfr. Linee guida ANAC n. 17 recanti “*Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali*”, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 382 del 27 luglio 2022.

### 3. Le procedure riservate agli ETS: il modello delle convenzioni ex art. 56 CTS

Le pronunce *Spezzino* e *CASTA*, come anticipato, avevano ritenuto compatibile con il diritto dell'Unione europea l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato, purché ricorrerono determinate condizioni, anche in assenza di qualunque forma di pubblicità. In modo piuttosto inatteso, la CGUE aveva dunque aperto alcuni spiragli per salvaguardare, almeno in parte, il cosiddetto "sistema delle convenzioni"<sup>26</sup>, sul quale a livello nazionale erano sorti forti dubbi di compatibilità con il diritto comunitario a partire dagli anni '00. Il giudice Ue ha in realtà riconosciuto le legittimità di tale sistema, ma entro precisi limiti, sia soggettivi sia oggettivi. La *dottrina Spezzino*, infatti, non riguardava l'intero settore del privato sociale, ma solo quegli enti del Terzo Settore, come le associazioni di volontariato, che presentano una connotazione solidaristica senz'altro più marcata rispetto ad altri soggetti parimenti operanti senza scopo di lucro (ad esempio, cooperative e imprese sociali)<sup>27</sup>. Sotto il profilo oggettivo, essa interessava esclusivamente quei settori – tra cui certamente il trasporto sanitario oggetto della controversia – nei quali viene in rilievo la tutela della salute e della persona. Si tratta invero di ambiti in cui, di norma, la CGUE tende ad "ammorbire" il controllo sulla giustificabilità delle deroghe, in ragione dell'importanza che tali beni rivestono a livello dei Trattati e dell'ampio margine di discrezionalità che le fonti primarie dell'Unione riconoscono agli Stati membri nel definire il livello di tutela e le modalità per raggiungerlo.

In realtà, non vi è stato il tempo di indagare e verificare quali spazi regolativi la *dottrina Spezzino* potesse effettivamente lasciare alle amministrazioni nazionali, dal momento che, con l'adozione del Codice del Terzo Settore del luglio 2017, il legislatore nazionale ha superato il precedente sistema delle convenzioni, introducendo un unico modello di convenzione ex art. 56 che può essere stipulato con ODV e APS per lo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale<sup>28</sup>. Tale istituto prevede però l'obbligo, per l'amministrazione, di esperire procedure comparative a evidenza pubblica riservate alle organizzazioni di volontariato e alle associazioni di promozione sociale. Queste procedure, pensate quale garanzia dei principi generali dell'azione

---

<sup>26</sup> CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*. Corte di Giustizia UE, sez. V, 11 dicembre 2014, causa C-113/13, in *Urb. app.*, 2015, 508 ss.; SÁNCHEZ-GRAELLS, *Competition and State Aid Implications of the Spezzino Judgment (C-113/13): the Scope for Inconsistency in Aid Assessments for Voluntary Organisations providing Public Services*, EPPPL, 2016, 31 ss.

<sup>27</sup> LOMBARDI, *Gli strumenti collaborativi tra P.A. e terzo settore nel sistema delle fonti*, in FICI, GALLO, GIGLIONI (a cura di), *I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore. Dopo la sentenza della Corte Costituzionale n. 131 del 2020*, Napoli, 2020, 41. Da ultimo, BOSCHETTI, BERTI, MACDONALD, *L'amministrazione condivisa tra modelli normativi e operativi*, in BOSCHETTI (a cura di), *Per un laboratorio dell'amministrazione condivisa. Primi risultati di una ricerca multidisciplinare*, Napoli, 2024, 111 ss.

<sup>28</sup> «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n.117/2017 (Codice del Terzo settore)» adottate con d.m. del Lavoro e delle Politiche Sociali del 31 marzo 2021, n. 72.

amministrativa – su tutti, imparzialità e trasparenza – sarebbero, secondo il noto parere n. 2052/2018 del Consiglio di Stato, fondate sul principio interno di concorsualità e sul principio di parità di trattamento, più che sul principio, di matrice europea, della concorrenzialità. Si tratta di una distinzione non del tutto condivisibile, sulla quale si tornerà a breve.

Per il momento preme evidenziare come, rispetto al previgente sistema, l'art. 56 CTS presenti elementi di continuità, ma anche significativi profili di discontinuità, ulteriori rispetto alla sola esigenza di conformarsi ai principi dell'evidenza pubblica, esigenza come detto non prevista nel sistema previgente.

Quanto agli elementi di continuità, va osservato che, dal punto di vista della struttura del rapporto pubblico-privato e del ruolo riconosciuto agli ETS, le convenzioni – tanto quelle previste dall'art. 56 CTS quanto quelle precedenti – non sembrano discostarsi dal *paradigma bipolare*, cui sono riconducibili i tradizionali strumenti di esternalizzazione. Tale paradigma, fondato su una relazione gerarchica tra amministrazione e privato, si caratterizza per la netta contrapposizione tra il polo pubblico, cui spetterebbe una sorta di “monopolio” sul perseguimento dell'interesse generale, e il polo privato, concepito come portatore di interessi lucrativi o comunque egoistici<sup>29</sup>. E invero anche nell'ambito dei rapporti convenzionali ex art. 56 CTS al privato non è richiesto quel ruolo attivo e co-ideativo che costituisce invece, come si dirà, elemento strutturale dei rapporti di amministrazione condivisa; il contributo dell'ETS rimane quindi confinato a un'attività essenzialmente esecutiva. Rispetto all'appalto pubblico, le convenzioni si distinguono, infatti, non tanto per la diversa configurazione del rapporto, quanto per la peculiare natura soggettiva del prestatore (privo di finalità lucrative e orientato al perseguimento dell'interesse generale) e per l'assenza di lucro oggettivo nel singolo affidamento. Neppure l'indicazione ricavabile dal Codice del terzo settore, secondo cui il regime di favore per i soggetti del privato sociale si fonda non sulla mera assenza di scopo di lucro, ma sulla meritevolezza del fine perseguito<sup>30</sup> – con ciò introducendo una rilevante distinzione tra la nozione di ente del Terzo Settore e quella più ampia di ente non profit<sup>31</sup> – pare incidere sulla logica di fondo dello strumento, modificandola. L'art. 56 CTS continua, infatti, a configurare per gli ETS un ruolo sostanzialmente passivo, limitato all'esecuzione o erogazione di servizi integralmente definiti, a monte,

---

<sup>29</sup> Così ARENA, *Il principio di sussidiarietà orizzontale nell'art.118, u.c. della Costituzione*, in *Amministrazione in cammino*, 2003 che riprende l'espressione usata da CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001.

<sup>30</sup> Ai sensi dell'art. 4 del CTS, gli enti del terzo settore si caratterizzano per «il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale mediante lo svolgimento, in via esclusiva o principale, di una o più attività di interesse generale in forma di azione volontaria o di erogazione gratuita di denaro, beni o servizi, o di mutualità o di produzione o scambio di beni o servizi».

<sup>31</sup> SIMEOLI, *Il non profit: radici culturali ed evoluzione normativa del fenomeno*, in CONTESSA - SIMEOLI - VOLPE (a cura di), *Codice del Terzo settore*, Piacenza, 2019, 14; PALAZZO, *Pubblico e privato nelle attività di interesse generale. Terzo settore e amministrazione condivisa*, Torino, 2022, 153.

dall'amministrazione. Per questa ragione, non convincono del tutto le posizioni dottrinali, seguite pure dal legislatore<sup>32</sup>, che riconducono le convenzioni ex artt. 56 e 57 alla c.d. amministrazione condivisa.

Quanto ai profili di discontinuità, nel previgente sistema delle convenzioni all'amministrazione era richiesto unicamente di verificare l'adeguatezza e l'idoneità dell'ente del privato sociale a svolgere le prestazioni oggetto della convenzione<sup>33</sup>, mentre non doveva valutare l'opportunità della scelta del convenzionamento con il privato sociale né sotto il profilo della convenienza economica (che non può ritenersi sempre e comunque sussistente sulla base della sola assenza di lucro oggettivo caratterizzante tali rapporti), né sotto il profilo della qualità delle prestazioni che gli enti del Terzo Settore erano effettivamente in grado di assicurare ai cittadini. Il che era, d'altronde, coerente con la *ratio* del previgente sistema, che trovava la propria giustificazione primaria nel ruolo di supplenza strutturalmente attribuito al settore *non profit* in specifici ambiti, in primo luogo nel settore dei servizi sociali. Tale ruolo supplente si era consolidato nel tempo in ragione della cronica insufficienza sia delle strutture pubbliche sia di operatori privati *for profit*, scoraggiati dalla strutturale scarsità di risorse che connota questi servizi, come pure dalla persistente difficoltà – e talora vera e propria ritrosia – a ricondurre i rapporti pubblico-privato relativi a tali attività entro i tradizionali schemi economico-contrattuali dell'esternalizzazione. Si ritiene, tuttavia, che il previgente sistema fosse sorretto anche da un'ulteriore *ratio*, riconducibile a un *favor* basato sulla mera natura soggettiva del privato sociale. Tale impostazione si fondava sulla convinzione – largamente diffusa tra i sostenitori del *welfare mix* e della sussidiarietà orizzontale – che la mera presenza di enti *non profit*, rispetto agli operatori con fini lucrativi, costituisse di per sé un valore aggiunto e contribuisse automaticamente al perseguimento dell'interesse generale.

Tale impostazione appare oggi non del tutto attuale. Si è infatti in precedenza chiarito come il diritto europeo, a parte casi eccezionali/residuali<sup>34</sup>, ammetta l'arretramento dei principi e delle regole del mercato solo qualora la deroga contribuisca effettivamente all'inveramento dei principi di universalità, solidarietà ed efficienza dei bilanci pubblici. In termini analoghi, a livello nazionale gli interventi normativi più recenti hanno, da un lato, valorizzato la

---

<sup>32</sup> Cfr. art. 25, co. 3 d.lgs. 15 marzo 2024, n. 29 contenente disposizioni in materia di politiche in favore delle persone anziane.

<sup>33</sup> L'art. 7 della l. n. 266/1991 prevedeva che le convenzioni potevano essere stipulate con le sole ODV che dimostravano «attitudine e capacità operativa»; l'art. 30 della l. n. 381/1991 sulle APS imponeva l'inserimento nella convenzione di previsioni volte a «garantire l'esistenza delle condizioni necessarie a svolgere con continuità le attività stabilite dalle convenzioni stesse» nonché «forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità». In dottrina, sul principio di adeguatezza rispetto all'attività del terzo settore «favorita» ex art. 118, co. 4 Cost., v. DONATI, *Il paradigma sussidiario, Interpretazioni, estensione, garanzie*, Bologna, 2013, 345 ss.

<sup>34</sup> Ad es. l'art. 10, lett. h) della direttiva appalti che, come ben si evince dal considerando 28, prevede una deroga «di favor» per determinate categorie di soggetti; lo stesso sembra potersi sostenere con riguardo all'art. 77 della medesima direttiva che sarà di seguito esaminato.

dimensione organizzativa degli strumenti che prevedono il coinvolgimento degli ETS, mettendo così in rilievo la discrezionalità della pubblica amministrazione nella scelta se farvi ricorso; dall'altro, hanno fatto propria – e rafforzato – la logica del risultato amministrativo, oggi ancor più cogente nell'orientare tali scelte verso la massimizzazione degli obiettivi sottesi a una determinata attività e verso la soluzione organizzativa che meglio consente di soddisfare gli interessi dei cittadini cui essa è rivolta.

In altri termini, la scelta del modello organizzativo deve essere sempre orientata verso la soluzione che permetta di soddisfare nel modo più pieno le esigenze dei destinatari delle prestazioni, in conformità ai canoni di qualità e universalità dei servizi, nonché ai principi di efficienza, efficacia ed economicità. Il ricorso “preferenziale” agli enti del Terzo Settore, quando si inserisce nell'organizzazione di un servizio pubblico o, più in generale, in moduli a responsabilità pubblica, deve produrre un effettivo valore aggiunto nella soluzione dei problemi di interesse generale. Tale valore si traduce in ricadute ed esternalità positive, oggettivamente rilevanti e direttamente connesse all'erogazione dei servizi oggetto della convenzione e al relativo sistema di *welfare*. In questa prospettiva, la pubblica amministrazione può – e deve – fare uso di tali modelli organizzativi riservati al terzo settore solo qualora essi siano in grado di generare un autentico valore aggiunto e di determinare ricadute positive, dirette o indirette, sull'erogazione dei servizi di trasporto sanitario<sup>35</sup>.

In tal senso depongono sia il richiamo al principio del risultato nell'art. 6 del Codice dei contratti pubblici, sia l'art. 18, comma 2, del d.lgs. n. 201/2022 in materia di servizi pubblici locali, secondo cui, qualora gli enti locali optino per forme di partenariato con gli ETS, essi devono motivare specificamente in relazione agli «effettivi benefici che tale soluzione comporta per il raggiungimento di obiettivi di universalità, solidarietà ed equilibrio di bilancio». Ad una logica del tutto analoga si era già ispirato, a parere di chi scrive, l'art. 56 CTS, grazie all'inciso – introdotto su suggerimento del Consiglio di Stato – secondo cui il ricorso alle convenzioni è subordinato alla condizione che esse risultino «più favorevoli rispetto al ricorso al mercato». D'altronde, al netto di alcune discutibili letture iniziali<sup>36</sup>, la convenienza economico-finanziaria costituisce solo uno dei profili che l'amministrazione deve considerare nell'ambito di una valutazione olistica, complessa e articolata, che deve tenere conto delle diverse esternalità

---

<sup>35</sup> In termini simili cfr. GIGLIONI, *Principi di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale*, in CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2025; VETTORI, *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in URSI (a cura di), *Studi sui principi generali del codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2024 e ID., *L'amministrazione condivisa nel nuovo Codice dei contratti pubblici: matrici teoriche, disallineamenti sistematici e profili innovativi*, in *P.A. – Pers. amm.*, 2023, 813 ss. Sia inoltre consentito rinviare a CARUSO, *L'amministrazione pubblica condivisa: terzo settore, contratti, servizi*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2024, 193 ss.

<sup>36</sup> Tar Marche, sez. I, 7 dicembre 2021, n. 850

positive derivanti dal ricorso a tale strumento: universalità e accessibilità dei servizi, solidarietà, qualità e continuità delle prestazioni, e così via<sup>37</sup>.

Per concludere, il ricorso alle convenzioni ex art. 56 non può tradursi in un *favor* fondato sulla sola qualificazione soggettiva degli enti coinvolti. L'impiego degli ETS nell'organizzazione di servizi pubblici (di trasporto sanitario) non deve mai rappresentare una deroga al risultato amministrativo, né agli standard di qualità, efficienza ed efficacia che devono caratterizzare l'erogazione delle prestazioni. Le misure di promozione del Terzo Settore trovano, piuttosto, la loro sede fisiologica negli strumenti fiscali e finanziari, non in scelte organizzative che incidano sugli standard qualitativi e sull'effettivo conseguimento del risultato amministrativo<sup>38</sup>.

### 3.1. Segue. I confini applicativi della co-progettazione e lo spazio per ulteriori procedure riservate agli ETS

Un'ulteriore ipotesi di procedura riservata, questa volta a favore di tutti gli enti del Terzo Settore iscritti al RuntS (e non solo, dunque, delle ODV e delle APS) che svolgono attività di interesse generale ex art. 5 CTS (non solo quindi prestazioni riconducibili ai servizi sociali), è prevista dall'art. 55 CTS, che disciplina gli istituti della co-programmazione e della co-progettazione<sup>39</sup>. È a tali istituti che devono essere riferiti, a parere di chi scrive, i passaggi più significativi della sentenza n. 131/2020 della Corte costituzionale, nella quale si delinea un «nuovo rapporto collaborativo» tra pubbliche amministrazioni ed ETS<sup>40</sup>: un

---

<sup>37</sup> Cfr. «Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazioni ed enti del terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n.117/2017 (Codice del Terzo settore)», cit., secondo cui non si tratta «di una mera valutazione economica di riduzione dei costi gravanti sulle PP.AA.» richiedendosi invece una verifica sintetica e complessiva sulla «effettiva capacità delle convenzioni di conseguire quegli obiettivi di solidarietà, accessibilità e universalità che la giurisprudenza europea ha evidenziato come fondamento della disciplina»; v. pure art. 15, co. 2, l.r. Toscana, 22 luglio 2020, n. 65. In giurisprudenza v. Tar Puglia, Lecce, sez. II, 30 dicembre 2019, n. 2049; Tar Piemonte, sez. I, 29 dicembre 2021, n. 1226; 20 agosto 2022, n. 719; Tar Napoli, sez. V, 9 gennaio 2023, n. 123; 31 maggio 2023, n. 3327. In dottrina v., per tutti, ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del terzo settore e nel Codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, 2019, 160 ss.

<sup>38</sup> Non si condivide, sul punto, l'impostazione che attribuisce agli ETS, in quanto espressione delle libertà sociali, uno spazio di operatività costituzionalmente protetto, ove ciò venga interpretato come legittimazione di una posizione organizzativa privilegiata nell'erogazione dei servizi pubblici. Né convince del tutto il richiamo alla possibilità, in ipotesi di frizione con il diritto UE, di attivare la teoria dei *controlimiti*, cfr. GORI, *L'organizzazione delle libertà sociali e la sua peculiare natura di controlimito*, in *Giur. cost.*, 2022, 858 ss.

<sup>39</sup> Sia consentito rinviare a CARUSO, *L'amministrazione pubblica condivisa, op. loc. ult. cit.* per i riferimenti dottrinali sul punto. Da ultimo v. i diversi contributi sul tema in BOSCHETTI (a cura di), *L'amministrazione condivisa come laboratorio di innovazione. Appunti e indicazioni per il futuro prossimo delle politiche pubbliche*, Quaderni Terzjus, Napoli, 2025; CRISMANI (a cura di), *Il Terzo Settore*, cit.; sulla co-programmazione, BERETTINI, *La co-programmazione nel rapporto tra Terzo settore e Pubblica amministrazione. Profili ricostruttivi in direzione della procedimentalizzazione*, Torino, 2025.

<sup>40</sup> Da ultimo, v. VETTORI, *Visioni della sussidiarietà orizzontale e ruolo dell'amministrazione pubblica*, in *questa Rivista*, 2025, 21 ss.

modello di amministrazione condivisa che si pone oltre la logica del profitto e del mercato. Secondo la Corte, tale rapporto differisce strutturalmente dal paradigma bipolare e dallo schema sinallagmatico tipico dell'appalto, poiché si fonda sulla convergenza degli obiettivi e sull'aggregazione di risorse pubbliche e private al fine di programmare e progettare congiuntamente interventi finalizzati a rafforzare cittadinanza attiva, coesione e protezione sociale.

Alla luce della medesima sentenza, nonché degli artt. 6 del Codice dei contratti pubblici e 18 del d.lgs. n. 201/2022 in materia di servizi pubblici locali, la co-progettazione può oggi considerarsi un *modulo ordinario* dell'azione amministrativa, utilizzabile non più in determinati settori o solo per specifici interventi<sup>41</sup>. È bene precisare, però, che tale qualificazione non implica che l'istituto sia utilizzabile in modo generalizzato o come alternativa indistinta agli strumenti tradizionali, quali l'appalto o le convenzioni. La co-progettazione presuppone infatti, come elemento costitutivo, l'assenza di sinallagmaticità e, correlativamente, la natura genuinamente cooperativa del rapporto, in quanto orientato *ab origine* alla cura condivisa di un interesse generale.

Proprio questa dimensione collaborativa nel caso di specie richiede che all'ETS sia riconosciuto un ruolo effettivamente co-ideativo nella definizione della struttura e dei contenuti dell'intervento, e non già quello di mero esecutore o erogatore di prestazioni predeterminate dall'amministrazione. In una recente ricerca si è tentato di individuare alcuni indici idonei a verificare l'esistenza di tale natura collaborativa; tra essi, il più significativo è proprio la partecipazione sostanziale dell'ente alla fase ideativa e progettuale dell'azione amministrativa<sup>42</sup>. Ne deriva che la co-progettazione è legittimamente utilizzabile solo quando vi sia realmente «qualcosa da co-progettare», circostanza che difficilmente (*rectius*, di rado) sembra ricorrere in relazione a servizi quali quelli in esame – il trasporto sanitario ordinario – di norma caratterizzati da prestazioni standardizzate e a contenuto integralmente predeterminato.

Più di recente, la CGUE è stata chiamata a chiarire se le disposizioni della direttiva 2014/24/UE che ammettono, per l'affidamento dei servizi sociali soggetti al regime alleggerito, il ricorso a procedure riservate in favore di determinate categorie di operatori economici debbano essere intese come tassative.

Nello specifico, il quesito riguardava l'art. 77 della direttiva appalti, che prevede la possibilità per gli Stati membri di consentire alle amministrazioni aggiudicatrici il ricorso a procedure riservate a particolari categorie di soggetti<sup>43</sup>

---

<sup>41</sup> La Relazione illustrativa del Governo sullo schema di CTS, ripresa sul punto dalle Linee guida n. 72/2021, sottolinea come, con l'adozione del Codice nel 2017, la co-progettazione sia diventata un *modello organizzativo ordinario*, «non più limitato ad interventi innovativi e sperimentali, attraverso il quale si realizzano forme di collaborazione pubblico/privato».

<sup>42</sup> Cfr. CARUSO, *op. ult. cit.*, p. 222 ss.

<sup>43</sup> Utili indicazioni sull'ambito soggettivo di applicazione di tale disposizione si rintracciano nelle conclusioni della sentenza ASADE, C-436/20, cit., nonché nelle sentenze Corte giust., 7 luglio

per l'affidamento di servizi sanitari, sociali e culturali, puntualmente individuati attraverso richiami ai codici CPV. Se l'introduzione di tale procedura riservata nella riforma del 2014 sembra, a prima vista, riflettere un bilanciamento più favorevole alle esigenze sociali, le condizioni – particolarmente stringenti – previste per farvi effettivamente ricorso invitano a valutazioni di maggiore prudenza. La condizione più problematica (e maggiormente criticata) è quella di cui alla lett. d), che, in una logica di rotazione volta a evitare effetti distorsivi della concorrenza, consente la riserva solo a condizione che negli ultimi tre anni la stessa amministrazione non abbia aggiudicato «all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo». Tale previsione va letta in combinato disposto con il successivo par. 3, che fissa in tre anni la durata massima di ogni contratto aggiudicato ai sensi dell'art. 77.

Con la sentenza *ASADE* del luglio 2022, la Corte ha fornito risposta negativa al quesito circa il carattere tassativo dell'art. 77 e delle altre ipotesi di riserva espressamente disciplinate dalle direttive e, correlativamente, si è soffermata sulle condizioni alle quali un regime di riserva a favore del privato sociale – non espressamente previsto dal diritto derivato – può risultare compatibile con il diritto dell'Unione<sup>44</sup>. In particolare, secondo la CGUE, tale regime può riguardare esclusivamente i servizi sociali di cui all'allegato XIV soggetti all'affidamento alleggerito ex art. 74 ss e deve fondarsi su una selezione comparativa tra operatori economici *non profit*, non limitata dunque alle sole associazioni di volontariato, garantendo adeguati livelli di pubblicità e trasparenza di livello europeo. Inoltre, la differenziazione tra operatori *for profit* e *non profit*, per non integrare una violazione del principio di parità di trattamento, deve contribuire al perseguimento degli obiettivi propri del sistema di assistenza sociale, e segnatamente dei principi di universalità, solidarietà ed efficienza del bilancio.

Ad oggi, tale impostazione non ha ancora trovato piena e diretta attuazione da parte del legislatore nazionale: l'ordinamento interno non prevede, infatti, una disciplina che, in via generale, consenta procedure riservate alle condizioni delineate dalla sentenza *ASADE*, diversamente da quanto avvenuto – con gli artt. 56 e 57 CTS – in relazione alle pronunce *Spezzino* e *CASTA*<sup>45</sup>. Nondimeno, la presenza nell'ordinamento di una norma, come l'art. 56 CTS (che include nel proprio ambito applicativo anche il trasporto sanitario ordinario), nonché

---

2022, cause riunite C-213/21 e C-214/21, *Italy Emergenza Cooperativa sociale* e C-213/21 e C-214/21 (su cui il commento di ZAMPETTI, *Servizio di trasporto sanitario di emergenza e cooperative sociali*, in *Riv. it. dir. publ. com.*, 2022) e 21 marzo 2019, C- 465/17, *Falck*.

<sup>44</sup> Sulla sentenza *ASADE v. PELLIZZARI*, *Forme di collaborazione tra enti pubblici e Terzo settore: la Corte di giustizia valorizza la discrezionalità degli Stati membri per un miglior bilanciamento tra solidarietà, efficienza e concorrenza*, in *Ist. fed.*, 2022, 1038 ss. Su ale sentenza e sull'art. 77 della direttiva appalti sia consentito rinviare a CARUSO, *Appalti nei servizi sociali e di ricerca e sviluppo (artt. 127-128, 129-131, 135)*, in CLARICH (a cura di), *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, 2025, 1327 ss.

<sup>45</sup> ALBANESE, *I servizi sociali nel Codice del terzo settore*, cit., 139 ss.

l'esistenza dell'istituto della co-progettazione ex art. 55 (che può riguardare tutti gli ETS di cui all'art. 4 e tutte le attività elencate dall'art. 5 CTS), riducono la portata pratica della mancata attuazione di *ASADE* e, correlativamente, l'interesse a interrogarsi sulla possibilità per le singole amministrazioni, nell'esercizio della potestà regolamentare, di costruire modelli organizzativi conformi alle condizioni indicate dalla Corte e comunque rispettosi del principio di legalità. A ben vedere, un interrogativo di questo tipo assumerebbe rilievo solo laddove si intendesse instaurare rapporti convenzionali per l'affidamento del trasporto sanitario con ETS diversi dalle ODV e dalle APS, ossia con enti del terzo settore ai quali l'art. 56 CTS non risulta applicabile.

Una questione distinta di particolare interesse riguarda la possibilità di restringere, a livello regionale mediante atti legislativi e/o amministrativi, l'ambito soggettivo di applicazione delle soluzioni organizzative sin qui esaminate, limitando la platea degli ETS ammessi a partecipare a determinate procedure. Si tratta di un interrogativo che investe profili delicati: oltre all'effettività del principio di legalità, vengono in rilievo aspetti relativi tanto al riparto delle competenze legislative quanto alla conformità di eventuali differenziazioni ai principi di eguaglianza, ragionevolezza e proporzionalità.

La complessità del tema non consente, in questa sede, un approfondimento sistematico; possono tuttavia richiamarsi alcune indicazioni provenienti dalla giurisprudenza costituzionale ed europea. A questo riguardo, rileva anzitutto la sentenza n. 72 del 2022, con cui la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità concernente l'art. 76 CTS, che riserva alle sole organizzazioni di volontariato il contributo per l'acquisto di automezzi sanitari e beni strumentali. La Corte ha chiarito che il legislatore può introdurre trattamenti differenziati tra categorie di ETS solo quando tali differenze riflettano elementi sostanziali e non meramente formali, idonei a incidere sulla capacità degli enti di perseguire le finalità di interesse generale cui la misura è preordinata. In questo caso, la prevalenza del volontariato e la gratuità strutturale delle prestazioni rendono le ODV meno attrezzate sul piano dell'autofinanziamento, giustificando un intervento compensativo mirato. La Corte ha tuttavia evidenziato che condizioni analoghe potrebbero ricorrere anche per altre categorie di enti del Terzo Settore, invitando quindi il legislatore a valutare un'eventuale estensione della misura in una prospettiva più inclusiva.

A ben vedere, un'impostazione non distante si rinviene nella sentenza *Conacee* della CGUE<sup>46</sup>, pronunciata in un contesto diverso ma animata da una logica argomentativa affine. Il caso riguardava la compatibilità con l'art. 20 della direttiva 2014/24/UE di una disciplina nazionale che, oltre alle condizioni minime previste dal legislatore europeo<sup>47</sup>, introduceva requisiti ulteriori per l'accesso alle procedure

---

<sup>46</sup> Corte giust., 6 ottobre 2021, C-598/19, *Conacee*.

<sup>47</sup> L'art. 20 della direttiva appalti richiede che i partecipanti alla procedura siano laboratori protetti o operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle

riservate<sup>48</sup>. La Corte di giustizia ha innanzitutto escluso che l'art. 20 contenga un elenco tassativo di condizioni, valorizzando sia la finalità sociale della disposizione (obiettivo di politica sociale relativo all'occupazione) sia l'ampia discrezionalità riconosciuta agli Stati membri in tali settori nell'individuare gli strumenti più idonei a perseguire obiettivi di integrazione lavorativa. La Corte ha inoltre osservato come l'ammissione automatica di una platea più ampia di operatori, sulla base delle più permissive condizioni poste dal diritto dell'Unione, potrebbe produrre effetti contro intuitivi rispetto alla finalità sociale sottesa all'istituto. Chiarito tale aspetto, ha infine verificato la conformità dei requisiti ulteriori ai principi di parità di trattamento e proporzionalità, svolgendo un'analisi strutturale delle differenze tra gli operatori coinvolti e degli effetti delle condizioni selettive. Nel condurre tale verifica, la CGUE ha esaminato in modo distinto la comparabilità delle situazioni, la ragionevolezza della differenziazione e la sua idoneità e necessità rispetto all'obiettivo perseguito, secondo un percorso che presenta punti di contatto con la struttura del giudizio adottato dalla Corte costituzionale nella sentenza sopra richiamata.

#### **4. Ratio e contenuti del 'regime alleggerito' per l'affidamento di servizi sociali: il livello europeo**

L'attenzione va infine riservata ai tradizionali modelli di esternalizzazione tramite, nello specifico, l'appalto pubblico di servizi<sup>49</sup>.

Ciò che effettivamente differenzia un ordinario appalto dalle convenzioni con gli enti del Terzo Settore, almeno nell'impostazione sin qui seguita, riguarda la possibilità di prevedere un corrispettivo comprensivo di un margine di utile oggettivo e l'assenza di un regime "soggettivamente" riservato; non convince del tutto, invece, la distinzione – sostenuta dal Consiglio di Stato nel parere del 2018 – tra un'evidenza pubblica ancorata al principio di libera concorrenza, propria delle direttive europee e del Codice dei contratti pubblici, e un'evidenza pubblica fondata sul solo principio di parità di trattamento, o al più sul "principio interno di concorsualità", rintracciabile nelle procedure comparative disciplinate dal Codice del terzo settore in attuazione dell'art. 12 della l. n. 241/1990. Per cogliere senso e

---

persone disabili o svantaggiate e, dall'altra, che almeno il 30% del personale di tali laboratori e operatori economici sia costituito da tali persone

<sup>48</sup> La disciplina spagnola prevede l'utilizzo di personale con disabilità per almeno il 70% e l'assenza di carattere imprenditoriale; più precisamente, i centri speciali per l'impiego devono ricevere, direttamente o indirettamente, il sostegno o la partecipazione per oltre il 50% da enti senza scopo di lucro e reinvestire integralmente i propri utili nel centro stesso o in altri centri della medesima natura.

<sup>49</sup> D'altronde, per le attività in esame residua uno spazio estremamente limitato – se non del tutto inesistente – per il ricorso allo strumento concessorio. Ciò dipende dalla difficoltà di trasferire in capo al privato il rischio operativo e, insieme, di garantire una gestione remunerativa del servizio costituisce infatti un ostacolo strutturale alla configurabilità di una concessione di servizi di trasporto sanitario ordinario.

portata di tale affermazione occorre soffermarsi sul regime alleggerito previsto dalle direttive in materia di *public procurement* (cons. 114 e artt. 74 ss. direttiva 2014/24/UE) per tutti i servizi sociali di cui all'allegato XIV (incluso il trasporto sanitario ordinarario), regime recepito dagli artt. 127 e 128 del d.lgs. n. 36/2023.

Le direttive del 2014, nel superare la precedente distinzione tra servizi prioritari e non prioritari, portano a compimento il processo di europeizzazione dei servizi sociali, non più qualificabili come “servizi esclusi”. Tale evoluzione risponde a una chiara logica di mercato, legata alla volontà delle istituzioni europee di evitare che affidamenti anche economicamente rilevanti – in settori cui gli Stati membri destinano risorse ingenti – siano sottratti all'applicazione delle regole concorrenziali<sup>50</sup>; essa mira quindi a garantire l'effettività delle libertà di circolazione anche nei servizi sociali, imponendo il rispetto dei principi di trasparenza e di parità di trattamento, anche in un'ottica di efficienza del sistema e di miglioramento della qualità dei servizi. Tuttavia, all'anima pro-concorrenziale della riforma se ne affianca una marcatamente sociale, che si esprime nella considerazione delle specificità di tali servizi e della loro particolare sensibilità, nonché del forte radicamento nel contesto sociale e culturale. Tale anima sociale emerge già nella valorizzazione – per gli affidamenti concernenti i servizi alla persona – di principi diversi e ulteriori rispetto a quelli tipici del mercato: qualità, continuità, accessibilità anche economica, disponibilità e completezza delle prestazioni, nonché attenzione alle esigenze delle diverse categorie di utenti, comprese quelle svantaggiate.

In aggiunta, questa dimensione sociale si articola in una duplice prospettiva.

La prima, di carattere “negativo”, si manifesta in un parziale arretramento del diritto europeo dei contratti pubblici e si concretizza nell'introduzione di un regime procedurale alleggerito, sia sul piano dei principi sia su quello delle regole. Il mancato richiamo al principio di proporzionalità nell'art. 76 della direttiva non pare casuale e sembra piuttosto rivelare un ridimensionamento della logica concorrenziale e, in particolare, del *favor participationis* e dell'obiettivo di massima apertura del mercato. Sul versante delle regole, gli artt. 75 e 76 prevedono un regime minimo di evidenza pubblica, fondato essenzialmente su obblighi – anch'essi semplificati – di pubblicazione a livello europeo degli avvisi, dei bandi e degli esiti delle procedure di aggiudicazione, lasciando agli Stati membri il compito di definire le ulteriori norme procedurali applicabili.

La seconda prospettiva, di ordine “positivo”, emerge nello spazio regolativo rimesso agli ordinamenti nazionali. Si tratta di uno spazio significativamente più ampio rispetto a quello previsto per gli appalti ordinari, che consente agli Stati membri di tener conto, in una logica di differenziazione, delle specificità sociali e culturali dei singoli contesti. Tale maggiore discrezionalità, tuttavia, non è neutra, ma risulta per certi versi “funzionalizzata”: gli Stati membri sono infatti «liberi di

---

<sup>50</sup> Cfr. il Documento di lavoro della Commissione *Evaluation Report Impact and Effectiveness of EU Public Procurement Legislation*, Brussels, 27 giugno 2011, SEC(2011) 853 final, par. 2.4.2.

determinare le norme procedurali applicabili fintantoché tali norme consentono alle amministrazioni aggiudicatrici di prendere in considerazione le specificità dei servizi in questione», nonché la necessità di assicurare il rispetto dei principi di qualità, continuità e accessibilità.

In sintesi, con l'introduzione del regime alleggerito il legislatore europeo non si è limitato a riconoscere, in negativo, uno spazio di salvaguardia rispetto all'applicazione delle regole di mercato, ma ha imposto agli Stati membri – oltre che di garantire il rispetto dei principi di parità di trattamento e trasparenza – di predisporre un quadro procedurale che consenta alle amministrazioni di tener adeguatamente conto delle specificità dei servizi sociali nella definizione delle caratteristiche del servizio, nell'individuazione dei criteri di aggiudicazione, nella conformazione delle procedure e, più in generale, nell'assetto complessivo dell'intervento. Ad avviso di chi scrive, il regime alleggerito per l'affidamento dei servizi sociali rappresenta un tentativo particolarmente virtuoso di superare quelle letture fortemente dicotomiche e conflittuali del rapporto tra solidarietà e concorrenza che hanno a lungo caratterizzato il dibattito. Esso favorisce, invece, una visione più armonica e integrata di tale rapporto, fondata sull'idea che i valori della solidarietà e della concorrenza non si collochino su piani necessariamente alternativi, ma possano concorrere – ciascuno nel proprio ambito – alla costruzione di modelli organizzativi capaci di coniugare la tutela dei diritti sociali con le esigenze del mercato, nonché con i principi di efficienza, trasparenza e buon andamento dell'azione amministrativa.

#### **4.1. Segue...e quello nazionale**

A onor del vero, a livello nazionale non sempre è stata puntualmente colta la doppia anima di tale regime, talvolta accentuandosi la sola *ratio* concorrenziale del processo di europeizzazione dei servizi sociali. Si pensi, ad esempio, alla posizione del Consiglio di Stato: sia a quella, già richiamata, che ravvisa una differenza ontologica tra l'evidenza pubblica basata sul principio di concorrenzialità e quella fondata sul principio di concorsualità, quando invece le regole di gara delle direttive per l'affidamento dei servizi sociali e quelle previste dal CTS per la scelta dell'ETS appaiono assimilabili tanto nei principi fondanti quanto nelle regole procedurali (fatta eccezione per il diverso livello – europeo o nazionale – degli obblighi di pubblicità)<sup>51</sup>. Ma si pensi anche alla posizione

---

<sup>51</sup> Ovviamente, un ulteriore profilo di differenziazione attiene alla tipologia di operatori economici ammessi a partecipare alla procedura selettiva: anche tale elemento, tuttavia, non può essere utilizzato per corroborare una lettura rigidamente dicotomica tra differenti “modelli” di evidenza pubblica. La pronuncia ASADE dimostra infatti che la presenza, in una procedura, di soli soggetti non profit o di categorie ristrette di operatori non incide sulla natura dei principi che ne governano lo svolgimento – che restano pur sempre quelli di trasparenza e parità di trattamento – né giustifica l'elaborazione di un sistema parallelo, alternativo o ontologicamente distinto rispetto alla disciplina degli appalti pubblici. Piuttosto, tale sentenza conferma che, anche quando

espressa nel parere n. 782 del 30 marzo 2018, in cui è stata fortemente stigmatizzata la scelta del legislatore nazionale di conformarsi all'impostazione europea introducendo, per l'affidamento dei servizi in esame, un regime significativamente più semplificato rispetto a quello ordinario, poiché ciò avrebbe finito – escludendo l'applicazione di rilevanti disposizioni pro-concorrenziali – per limitare «la concorrenza in un vasto settore degli appalti pubblici»<sup>52</sup>.

In realtà, il principale limite imputabile al regime c.d. intermedio delineato dagli artt. 127 e 128 del Codice – rispettivamente applicabili a tutti i servizi sociali e assimilati di cui all'allegato XIV e ai soli servizi alla persona, tra cui rientra anche il trasporto sanitario ordinario – a parere di chi scrive consiste nell'aver rinunciato, in alcune circostanze, a un approccio pienamente proattivo, volto a introdurre una disciplina specificamente modellata sulle peculiarità dei servizi sociali. Ciò emerge, ad esempio, dal modo in cui il legislatore ha affrontato la questione, oggi particolarmente rilevante nell'apertura del settore alle logiche concorrenziali, della stabilità della relazione tra operatore del servizio e destinatario della prestazione: un profilo che avrebbe richiesto strumenti dedicati, ma che è stato invece ricondotto alla clausola sociale di riassorbimento, istituto concepito per finalità del tutto diverse. È anche vero, tuttavia, che la categoria dei servizi sociali, così come ricavabile dall'allegato XIV della direttiva 2014/24/UE, è intrinsecamente eterogenea: basti pensare alle differenze che intercorrono tra il trasporto sanitario ordinario e i servizi assistenziali rivolti a persone fragili. Il che rende difficilmente praticabile l'individuazione di regole procedurali unitarie effettivamente adeguate a tutte le tipologie di affidamento.

Nel complesso, pertanto, il regime intermedio appare complessivamente allineato agli impulsi provenienti dal diritto dell'Unione, nella misura in cui introduce un quadro regolatorio che consente alle amministrazioni di tener conto delle specificità dei servizi sociali. Del resto, non mancano previsioni che denotano lo sforzo del legislatore nazionale di adattare le regole ordinarie alle peculiarità del settore: si pensi, in particolare, alla disciplina sulla programmazione (art. 128, co. 4), sulle forme di aggregazione e centralizzazione delle committenze (co. 5), nonché al margine di scelta rimesso alle amministrazioni sulle procedure di aggiudicazione (co. 6). Più in generale, si tratta di una disciplina non eccessivamente pervasiva che, proprio perché circoscrive le regole applicabili all'affidamento dei servizi in questione<sup>53</sup>, dovrebbe

---

l'ordinamento consente trattamenti differenziati o forme di partecipazione riservata, ciò avviene entro un quadro unitario, nel quale esigenze solidaristiche e garanzie concorrenziali coesistono e vengono armonizzate in funzione delle peculiarità dei servizi sociali. In questa prospettiva, la sola delimitazione soggettiva della platea dei partecipanti non pare sufficiente a fondare, né sul piano formale né su quello sostanziale, una contrapposizione strutturale tra “evidenza pubblica concorrenziale” ed “evidenza pubblica concorsuale”.

<sup>52</sup> Parere sul primo correttivo al previgente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016).

<sup>53</sup> Tra esse, le specifiche tecniche, le norme in materia di etichettature, gli obblighi di pubblicazione a livello europeo e nazionale, la disciplina sugli inviti, le cause di esclusione, il grave

valorizzare il ruolo delle singole amministrazioni. Queste ultime, nell'esercizio della potestà organizzativa e regolamentare loro riconosciuta, sono chiamate non solo ad attuare, ma anche a completare e integrare il quadro legislativo, così da costruire modelli procedurali idonei a realizzare il migliore contemperamento tra le esigenze concorrenziali e quelle, altrettanto rilevanti, di qualità, continuità, accessibilità, disponibilità e completezza dei servizi, etc.<sup>54</sup>.

In ogni caso, assume un ruolo centrale anche lo sforzo ermeneutico del giudice amministrativo, chiamato a distinguere, analogamente a quanto già avvenuto per le procedure disciplinate dagli art. 5 ss. VII del CTS, tra quelle norme degli appalti ordinari che devono necessariamente trovare applicazione poiché funzionali a garantire i principi di trasparenza e parità di trattamento, e quelle che, invece, non si rivelano coerenti con la *ratio* e con le caratteristiche dei servizi di trasporto sanitario, in quanto espressione di una logica concorrenziale non pienamente compatibile con le loro specificità<sup>55</sup>.

## 5. Cenni conclusivi

La disciplina sull'affidamento dei servizi di trasporto sanitario ordinario, e più in generale dei servizi speciali alla persona, mostra in modo particolarmente chiaro come il legislatore europeo e nazionale sia consapevole delle peculiarità di tali prestazioni e delle esigenze di tutela che esse sottendono. A parte le ipotesi in cui le regole di mercato vengono "disattivate" (par. 2), nelle altre soluzioni organizzative esaminate ai parr. 3 e 4 le istanze concorrenziali non scompaiono del tutto, ma arretrano e in parte si trasformano: il rispetto dei principi di trasparenza e parità di trattamento non implica un'uguaglianza rigida e formalistica tra operatori economici, bensì ammette differenziazioni quando esse risultino giustificate, proporzionate e funzionali al perseguimento dei valori solidaristici riconosciuti anche dal diritto dell'Unione.

---

illecito professionale, la verifica dei requisiti, il soccorso istruttorio e la disciplina delle offerte anormalmente basse.

<sup>54</sup> Aspetto, questo, puntualmente colto da ANAC che in più parti delle Linee guida n. 17 e della relativa «relazione AIR» ha sollecitato le amministrazioni a utilizzare il loro spazio regolamentare e organizzativo, oggi rafforzato dal binomio fiducia-risultato (artt. 1 e 2), per introdurre (in regolamenti interni, oltre che negli atti di gara) previsioni volte a consentire il raggiungimento tanto delle finalità classiche del settore dei *public procurement* quanto degli obiettivi sociali sottesi ai servizi alla persona.

<sup>55</sup> Un esempio significativo proviene da Cons. Stato, sez. III, n. 1887/2023, che ha ritenuto applicabile il divieto di commistione tra offerta tecnica ed economica – e il correlato principio della segretezza dell'offerta economica – ma, al contempo, ha escluso l'obbligo di presentazione della garanzia provvisoria e ha ritenuto legittimo, per tali procedure, un criterio di preferenza tecnica che non sarebbe compatibile con il regime ordinario (in particolare, una clausola che subordinava la valutazione economica alla differenza di almeno cinque punti sulla valutazione tecnica). Per ulteriori esempi in tal senso, cfr. CRISMANI, *Co-progettazione vs. appalti*, in *Giustizia insieme*, 11 dicembre 2024.

Questa dinamica produce inoltre un arretramento selettivo delle regole di mercato, accompagnato da un trasferimento verso il basso del potere decisionale: prima dal livello europeo a quello nazionale e regionale, poi dalla legge all'amministrazione, chiamata non solo ad attuare la disciplina, ma anche a completarla mediante scelte organizzative, programmatiche e regolamentari. Tale devoluzione di competenze riflette una precisa logica sussidiaria e riconosce la necessità di adattare la disciplina alle specificità dei diversi contesti territoriali, nonché alle caratteristiche dei singoli servizi.

È qui che il trasporto sanitario ordinario si rivela un osservatorio privilegiato: esso consente di misurare, in maniera particolarmente nitida, il modo in cui il diritto dell'Unione e quello nazionale cercano di comporre la tensione tra concorrenza e solidarietà, tra esigenze di efficienza e diritti sociali fondamentali. La disciplina applicabile a questi servizi mostra infatti come il bilanciamento tra tali valori sovente non avvenga più a monte, attraverso la definizione dell'ambito di applicazione delle regole di mercato, ma piuttosto a valle, nel sistema delle deroghe e delle opzioni organizzative riconosciute agli Stati membri e alle amministrazioni.

In questa prospettiva, assume rilievo centrale il principio del risultato, che deve orientare ogni scelta organizzativa: la soluzione prescelta deve essere quella che meglio consente di soddisfare le esigenze dei destinatari delle prestazioni, garantendo qualità, continuità, universalità e sostenibilità economica del servizio. È entro questa logica sostanziale che gli enti del Terzo Settore possono offrire un contributo realmente determinante, grazie alle loro competenze, alla loro esperienza e alla loro naturale proiezione verso finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale. Al contrario, un *favor* indiscriminato per gli ETS – basato unicamente sulla loro qualificazione soggettiva – raramente si concilia con la responsabilità pubblica che permea il servizio e con il principio di buon andamento dell'agire amministrativo.

In definitiva, il settore del trasporto sanitario ordinario dimostra che solidarietà e concorrenza non devono essere intese come valori antagonisti, ma come elementi di un unico disegno volto a garantire servizi di qualità ai cittadini, nel rispetto delle specificità sociali e territoriali. Il compito del legislatore e delle amministrazioni è quello di costruire modelli organizzativi capaci di integrare tali valori, ponendo al centro il raggiungimento del risultato amministrativo e, quale obiettivo ultimo, la tutela effettiva dei diritti sociali.

# IL TRASPORTO SANITARIO DI EMERGENZA E URGENZA TRA PRINCIPIO DI CONCORRENZA E AFFIDAMENTO PRIORITARIO ALLE ORGANIZZAZIONI DI VOLONTARIATO NEL DIRITTO EUROUNITARIO E NELL'ORDINAMENTO GIURIDICO ITALIANO °

**Alceste Santuari**

*Professore Associato di Diritto dell'economia nell'Alma Mater Studiorum  
Università di Bologna*

*Nell'attuale contesto europeo, in cui, da una parte, si assiste ad una maggiore valorizzazione dei diritti sociali europei e, dall'altra, si ribadisce la necessità di rispettare il principio di concorrenza, l'attività di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza è sovente oggetto di interpretazioni contrastanti. Da un lato, una linea interpretativa ritiene che, alla stregua di qualsiasi altra attività economica, anche l'attività in parola debba ricondursi alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica. Dall'altro, al contrario, in considerazione delle finalità sociali cui a detta attività sono collegate, si afferma che il trasporto sanitario può essere oggetto di convenzionamento diretto tra le amministrazioni procedenti e le organizzazioni di volontariato.<sup>1</sup>*

*L'articolo si propone di esaminare la disciplina normativa e l'interpretazione giurisprudenziale dell'attività di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza nell'ordinamento eurounitario e in quello interno, in specie alla luce della riforma del Terzo settore. L'analisi proposta è finalizzata a verificare se l'attività di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possa legittimamente considerarsi esclusa dalle regole concorrenziali.*

*In the current European context, there is an increased emphasis on social rights and a reaffirmation of the importance of competition principles. Emergency medical transport often faces conflicting interpretations. Some argue that it should be treated like any other economic activity, subjecting it to standard public tender procedures. However, others contend that due to its social purpose, medical transport can involve direct agreements between relevant authorities and voluntary organizations.*

*This article aims to examine the regulatory framework and legal interpretation surrounding urgent and emergency medical transport within both EU and domestic law, especially considering the reforms in the third sector. The goal of this analysis is to determine whether urgent and emergency medical transport can rightfully be considered exempt from competition rules.*

## **Sommario:**

1. Oggetto dell'analisi e contesto normativo di riferimento
2. La qualificazione giuridica dell'attività di trasporto sanitario di urgenza e di emergenza quale servizio sanitario nel diritto eurounitario
3. L'attività di trasporto sanitario di emergenza e urgenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea
4. L'attività di trasporto sanitario di emergenza e urgenza nell'ordinamento giuridico italiano
5. Considerazioni finali

---

° Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

<sup>1</sup> In ordine alla prestazione di trasporto sanitaria di emergenza e urgenza, attenta dottrina ha segnalato che il “trasporto sanitario vengono in rilievo beni giuridici – la tutela della salute e della persona – che di norma la spingono ad «ammorbire» il controllo sulla giustificabilità delle deroghe in ragione dell'importanza che tali beni rivestono a livello di trattati e dell'ampia libertà che le stesse fonti primarie ne riconoscono agli Stati membri nel decidere il livello di tutela e le modalità per raggiungerlo”. Così, E. Caruso, L'amministrazione pubblica condivisa: terzo settore, contratti, servizi, in *Persona Amministrazione*, V. 14 N. 1 (2024), p. 218.

## 1. Oggetto dell'analisi e contesto normativo di riferimento

L'attività di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza richiede un'opera di interpretazione finalizzata a delimitarne la collocazione sistematica nell'ambito dei moderni sistemi di welfare e, conseguentemente, ad individuarne le modalità di affidamento più coerenti con le finalità perseguite.<sup>2</sup> Queste ultime, infatti, discendono dalla qualificazione dell'attività oggetto dell'analisi che segue. Laddove prevale la componente del trasporto in esso contemplata, si devono conseguentemente applicare le ordinarie procedure ad evidenza pubblica. Al contrario, quando si considera prevalente, se non addirittura esclusiva, la finalità che l'attività di trasporto intende realizzare, segnatamente, quella di affermare e garantire il diritto alla salute, inteso quale diritto fondamentale dei cittadini, l'attività in parola può legittimamente risultare oggetto di convenzionamento diretto tra amministrazioni procedenti (in particolare, enti del sistema sanitario) e organizzazioni di volontariato.

A queste ultime, come è noto, sia l'ordinamento eurounitario sia la disciplina nazionale attribuiscono un ruolo specifico e prioritario nella gestione e nell'erogazione di un set articolato di attività di interesse generale, nelle quali è ricompresa quella di trasporto sanitario di emergenza e urgenza. Allo scopo di comprendere se tale attività possa legittimamente essere ricondotta ad un ambito escluso ovvero estraneo alle logiche di mercato si rende necessario, in via prodromica, verificare se l'attività in oggetto possa iscriversi tra quelle prestazioni che la Direttiva n. 123/2006/CE<sup>3</sup> ha inteso escludere dall'applicazione della Direttiva medesima. Parimenti, in ragione delle loro finalità e caratteristiche organizzative, occorre interrogarsi sulla possibilità che le organizzazioni di volontariato possano beneficiare di una posizione speciale che consenta alle medesime di essere affidatarie in via diretta del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza.

Alla luce delle su esposte premesse, l'articolo si propone di esaminare l'attività di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza, così come collocata nell'ordinamento eurounitario, interpretata dalla giurisprudenza della Corte di Lussemburgo e di quella dei tribunali amministrativi italiani e, infine, disciplinata dalla riforma del Terzo settore. L'analisi proposta potrà altresì contribuire a verificare l'evoluzione dello strumento giuridico individuato per

---

<sup>2</sup> Evidenzia che il trasporto sanitario e l'affidamento del relativo servizio ad organizzazioni del Terzo settore "e, segnatamente, quelle di volontariato – costituisce un tema di grande complessità", F. Sanchini, L'affidamento del servizio di trasporto sanitario al volontariato. Fra vocazione solidaristica e confronto competitivo, in [www.welforum.it](http://www.welforum.it), 11 dicembre 2018. Dello stesso A., si veda anche L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di Giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 9/2016, 4 maggio 2016.

<sup>3</sup> Direttiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006 relativa ai servizi nel mercato interno.

disciplinare l'attività in parola, segnatamente, la convenzione. Nell'ordinamento giuridico nazionale, essa, originariamente delineata dalla l. n. 266/1991 per contemplare l'esercizio di attività non avente contenuto economico-imprenditoriale, modificando la propria natura giuridica, è stata, di recente, impiegata anche per contemplare altresì rapporti caratterizzati da contenuti economici e, quindi, sinallagmatici. A ciò si aggiunga anche l'evoluzione delle organizzazioni di volontariato: da associazioni non lucrative per le quali la l. n. 266/1991 aveva stabilito una "riserva di legge" nei rapporti con la P.A. sono state progressivamente, in specie sotto la spinta dell'interpretazione della Corte di giustizia dell'Unione europea e, conseguentemente, dei giudici amministrativi italiani, legittimate a partecipare alle gare per l'affidamento di servizi socio-sanitari alla stessa stregua di altri operatori economici.

## 2. La qualificazione giuridica dell'attività di trasporto sanitario di urgenza e di emergenza nel diritto eurounitario

Il diritto eurounitario ha elaborato un *framework* legislativo e giurisprudenziale che consente di inquadrare *naturaliter* l'attività di trasporto sanitario di urgenza e di emergenza nel contesto dei servizi socio-sanitari, in quanto funzionali a garantire la tutela dei diritti dei singoli cittadini europei.<sup>4</sup>

I servizi socio-sanitari sono ricompresi nella nozione più generale di "servizi di interesse generale" (SIG),<sup>5</sup> i quali identificano attività soggette ad obblighi specifici di servizio pubblico proprio perché considerate di interesse generale dalle autorità pubbliche. In questa prospettiva, i SIG, intesi quali servizi "imprescindibili per garantire la coesione e lo stesso modello sociale a livello europeo",<sup>6</sup> ricomprendono anche i servizi socio-sanitari, in quanto, indipendentemente dalla modalità di gestione, essi riguardano i diritti

---

<sup>4</sup> Sul ruolo dell'Unione Europea nella tutela dei diritti sociali, in contrapposizione al fondamentalismo del mercato, si veda il recente Editoriale di G. PITRUZZELLA, *L'Europa del mercato e l'Europa dei diritti*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 6/2019, 20 marzo 2019, p. 3. Sul contributo che l'Unione europea ha fornito all'affermazione di taluni diritti fondamentali, si veda G. ALPA, *Il diritto privato europeo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 7/2019, 27 marzo 2019.

<sup>5</sup> La prima trattazione dei SIG è contenuta in Commissione delle Comunità Europee, *Libro verde sui servizi di interesse generale*, 21 maggio 2003, par. 44, COM (2003) 270 def. Sulla variegata composizione e natura dei servizi di interesse generale, in dottrina si è segnalato che "[è] in corso un mutamento della disciplina dei servizi pubblici che sembra tale da coinvolgere anche le rappresentazioni giuridiche del fenomeno e le parole che lo designano". Così, D. SORACE, *Servizi pubblici e servizi (economici) di pubblica utilità*, in *Dir. pubbl.*, 1999, p. 371.

<sup>6</sup> E. MENICETTI, *I servizi sociali nell'ordinamento comunitario*, in A. ALBANESE-C. MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, Il Mulino, 2003, p. 105. Sul modello europeo di integrazione e sul ruolo che in esso svolge il principio di sussidiarietà, si veda S. PAPA, *Sussidiarietà, primazia comunitaria e sovranismo*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 7/2019, 3 aprile 2019.

fondamentali della persona e il suo diritto ad una vita migliore. In conseguenza di questa finalità, ai servizi socio-sanitari deve essere riconosciuta una specificità,<sup>7</sup> non rinvenibile in altri comparti di servizi, identificabile a) nella tendenziale non standardizzazione dei servizi in parola, atteso che essi vengono erogati in base ai bisogni e non in base a chi li eroga; b) nell'interazione personale e ad alto contenuto relazionale che si instaura tra i produttori e i beneficiari dei servizi socio-sanitari; c) nell'accesso universalistico, equo, di qualità e a prezzi sostenibili che i SIG devono assicurare<sup>8</sup> e d) nel coinvolgimento delle organizzazioni non governative. In forza delle caratteristiche sopra richiamate, i SIG si collocano in una sorta di "zona franca",<sup>9</sup> intermedia tra attività economiche, da gestire secondo i canoni dell'efficienza e nell'ambito di un contesto competitivo<sup>10</sup> e attività non economiche, da gestire in funzione dell'interesse generale ed in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale, di equità redistributiva, nonché di qualità dei servizi erogati.<sup>11</sup> Da ciò consegue che i SIG legittimamente permettono di

---

<sup>7</sup> Si tratta di una specificità che, oggi, può essere messa in dubbio dalle mutate condizioni economiche che interessano l'ambito comunitario, così come segnalato in dottrina: "La difficile affermazione dei diritti sociali a livello comunitario, come peraltro lo è stata, anche se per ragioni diverse (e ben note) negli ordinamenti costituzionali, richiede, alla luce del momento giuridico ed economico attuale, di indagare innanzitutto se il diritto comunitario – normativo e giurisprudenziale – comporti un arretramento nella protezione dei diritti sociali a vantaggio delle libertà economiche nello spazio europeo, rispetto a quella assicurata a livello nazionale o, al contrario, una valorizzazione nuova". D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e politiche e crisi economica*, relazione tenuta al Convegno annuale dell'Associazione "Gruppo di Pisa", su "I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza, Trapani, 8-9 giugno 2012, p. 4.

<sup>8</sup> In dottrina, si è evidenziato che i servizi di interesse generale costituiscono "un istituto europeo, con il proprio bagaglio di principi e regole, [che] è venuto a sovrapporsi ai rispettivi regimi degli Stati membri, provocandone mutamenti e generando un forte effetto di armonizzazione. Mutamenti ed armonizzazione sono infatti i precipitati di questa vicenda, a forte "imprinting comunitario". Così, F. CINTIOLI, *La dimensione europea dei servizi di interesse economico generale*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 11/2012, pp. 1-2.

<sup>9</sup> L'espressione è da riferirsi al fatto che i servizi in parola non rientravano direttamente tra i principi sanciti dai trattati istitutivi della Comunità Europea, poiché appartenevano in modo specifico agli ambiti di competenza dei singoli Stati membri.

<sup>10</sup> Cfr. Parere del Comitato economico e sociale sul tema "I servizi sociali privati senza scopo di lucro nel contesto dei servizi di interesse generale in Europa", in GUCE, 2001, C-311, pp. 33 ss.

<sup>11</sup> Sull'argomento, si veda la Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni intitolata "Una disciplina di qualità per i servizi di interesse generale in Europa", Bruxelles, 20 dicembre 2011 COM(2011) 900 definitivo, laddove si può leggere che la Commissione intende definire una "disciplina di qualità" fondata su tre linee d'azione: "in primo luogo, migliorare la chiarezza e la certezza giuridica per quanto riguarda le norme dell'UE applicabili a questi servizi; in secondo luogo, fornire gli strumenti che consentono agli Stati membri di garantire ai cittadini l'accesso ai servizi essenziali e di rivedere la situazione periodicamente; e in terzo luogo, promuovere iniziative relative alla qualità, in particolare per i servizi sociali che soddisfano esigenze particolarmente importanti". (p. 6). Per una disamina, in parte ancora valida, nonostante l'evoluzione normativa, sui servizi pubblici non economici nell'ordinamento italiano, si veda H. BONURA, *La qualificazione dei servizi pubblici locali*

arginare l'espansione del principio di concorrenza oltre ai confini dei mercati.<sup>12</sup> I SIG devono dunque ritenersi sottratti dall'applicazione delle regole concorrenziali non tanto e soltanto in ragione delle formule giuridico-organizzative impiegate per la loro erogazione, quanto piuttosto per le finalità cui i SIG e con essi i sistemi di *welfare* nazionali risultano preordinati.<sup>13</sup>

Se non v'è dubbio che il diritto eurounitario abbia contribuito alla crescita e al rafforzamento dello spazio di azione del mercato comune, è altrettanto evidente che l'ordinamento europeo ha permesso un significativo innalzamento del livello di esigibilità dei diritti sociali.<sup>14</sup> Infatti, si può affermare che l'Unione Europea abbia nel tempo spostato il proprio focus dalle implicazioni derivanti dal mancato rispetto del principio di libera concorrenza all'interno dei singoli Stati nazionali ai bisogni fondamentali dei cittadini europei, alla cui soddisfazione debbono essere preordinate determinate attività, tra le quali quelle socio-sanitarie.<sup>15</sup> In questa prospettiva, le istituzioni comunitarie, nel rispetto delle precise competenze attribuite dai Trattati europei ai singoli Stati membri in ordine alla definizione delle funzioni e degli obiettivi dei servizi sociali e sanitari, hanno sviluppato un approccio sistematico per l'individuazione e la determinazione delle caratteristiche peculiari dei SIG.<sup>16</sup> Queste ultime permettono dunque di annoverare tra i SIG anche l'attività di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza. Essa rappresenta un'attività disciplinata nelle diverse direttive sugli appalti pubblici che si sono succedute

---

*privi di rilevanza economica*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 5/2010, pp. 514 ss.

<sup>12</sup> Sulle dinamiche competitive nel settore dei servizi sanitari, si veda M. D'ANGELOSANTE, *Cittadinanza amministrativa, salute e sanità attraverso la lente dei rapporti tra i pubblici poteri e i privati e fra sistemi sanitari*, in *RDSS*, anno XVI, n. 3, 2016, pp. 473 ss.

<sup>13</sup> Sulla dimensione positiva dei sistemi di welfare in Europa, si veda Commissione Europea, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Towards Social Investment for Growth and Cohesion – including implementing the European Social Fund 2014-2020*, Bruxelles, 20 febbraio 2013, COM(2013) 83 final, p. 2.

<sup>14</sup> Da ultimo, si veda l'iniziativa lanciata dalla Presidenza dell'Unione europea denominata "Pilastro europeo dei diritti sociali" reperibile su [http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-17-4706\\_it.html](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-17-4706_it.html). Sul tema, si rinvia a J. LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali dopo il "social summit" di Goteborg: rafforzamento o impoverimento?*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), numero speciale n. 4/2018 su "I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo", a cura di P. Bilancia.

<sup>15</sup> Si segnala che il Trattato di Lisbona contiene un'importante novità rappresentata dalla "clausola sociale orizzontale", la quale "prevede che le politiche dell'UE debbano tener conto delle esigenze sociali al fine di assicurare la coerenza tra le differenti politiche e gli obiettivi sociali. Ciò implica che le politiche europee debbano assicurare la promozione di un livello di impiego dignitoso, la garanzia di una protezione sociale adeguata, la lotta all'esclusione sociale, così come un buon livello di istruzione, di formazione e tutela della salute". C. DEGRYSE – P. POCHET, *Quanto diritto sociale "produce" l'Europa*, in M. CAMPEDELLI – P. CARROZZA – L. PEPINO, *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Bologna, Il Mulino, 2010, pp. 186-187.

<sup>16</sup> Per quanto riguarda l'ordinamento italiano, un elenco positivo di attività (e quindi di servizi) di interesse generale è rinvenibile nell'art. 5, d. lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore), considerata norma "fondamentale" dell'intero impianto riformatore. Vedi Relazione illustrativa al Codice del terzo settore, art. 5, p. 2.

dal 1992 al 2014 e oggetto dell'interpretazione dei giudici di Lussemburgo, i quali, a far data dal 1998, hanno dimostrato un approccio che, ancorché finalizzato, da un lato, a riconoscerne la specificità e a valorizzare la preferenza accordata alle organizzazioni di volontariato nell'erogazione del servizio in parola da parte degli Stati membri, dall'altro, non ha mancato di evidenziare la necessità di rispettare, almeno in parte, le regole concorrenziali.

### 3. L'attività di trasporto sanitario di emergenza e urgenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea

La suddetta "ambivalenza" discende dalla compresenza nel trasporto sanitario di urgenza e di emergenza di due "anime", segnatamente quella di trasporto terrestre e quella più propriamente sanitaria. A ciò si aggiungano il valore transfrontaliero dell'attività in oggetto, la qualificazione giuridica delle associazioni di volontariato, con la specifica modalità di convenzionamento diretto utilizzato dalle aziende sanitarie per erogare il servizio *de quo*, nonché le finalità sociali precipue che attraverso l'attività in parola gli enti pubblici nei singoli Stati membri intendono realizzare. Si tratta di profili che la Corte di giustizia ha elaborato nel corso dei decenni per verificare se l'attività relativa al trasporto sanitario possa considerarsi legittimamente attratta ovvero esclusa dall'applicazione del principio di concorrenza.<sup>17</sup>

In ordine alla presenza delle due "anime", l'attività di trasporto sanitario presenta, da un lato, la componente "trasporto", materia che di regola afferisce a quelle oggetto di confronto concorrenziale tra più operatori economici atteso il valore economico ad essa sotteso.<sup>18</sup> Dall'altro, la componente "sanità",

---

<sup>17</sup> Sulla giurisprudenza della Corte europea di giustizia in materia di trasporto sanitario e affidamenti alle associazioni di volontariato, tra gli altri, si vedano A. ALBANESE, *La Corte di Giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra aver paura del proprio coraggio)*, in *Foro It.*, 2015, pp. 151 ss. Dello stesso A., sul tema, si veda *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Munus*, n. 1/2012, pp. 115 ss.; F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico temperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 9/2016, 4 maggio 2016; E. FREDIANI, *La gestione "reticolare" dei servizi alla persona tra logiche di mercato e modello sociale*, in E. VIVALDI (a cura di), *Disabilità e sussidiarietà*, Bologna, 2012, p. 224 ss. e C. PAPI, *Diritto europeo ed affidamenti di servizi in convenzione ad associazioni di volontariato*, in [www.lineavcp.it](http://www.lineavcp.it), 17 giugno 2014; C. COLELLI, *Corte di giustizia e affidamento diretto del trasporto sanitario alle associazioni di volontariato*, in *Urbanistica e appalti*, 2015, pp. 379 ss.; A. REGGIO D'ACI, *Evidenza pubblica e associazioni di volontariato: l'onerosità della convenzione va valutata in termini comunitari*, in *Urbanistica e appalti*, 2013, 6, pp. 682-294; S. SPUNTARELLI, *Il servizio sanitario: un servizio a carattere economico in regime speciale?*, in *Urbanistica e appalti*, 2011, 2, pp. 225-236; R. CARANTA, *After Spezzino (Case-C-113/13): A Major Loophole Allowing Direct Awards in the Social Sector*, in *EPPPL*, 1/2016, pp. 14-21.

<sup>18</sup> Da questo apprezzamento, che può essere considerato alla stregua di una "vera e propria linea di confine per l'applicazione o meno del diritto comunitario", dipende sia la qualificazione giuridica

ambito che, rientrando nell'autonoma competenza degli Stati membri, può, in forza del diritto eurounitario, risultare sottratta al principio di libera concorrenza in ragione delle specifiche finalità sociali che essa persegue. Allo scopo di valutare quale delle due "anime" prevalga nell'attività di trasporto sanitario, la Corte, fin dalla prima decisione in materia,<sup>19</sup> ha applicato il metodo della prevalenza di una componente sull'altra, in forza delle previsioni delle Direttive in materia di appalti.<sup>20</sup>

Con riferimento al valore transfrontaliero delle attività oggetto del trasporto medesimo, la Corte ha rigettato il ricorso della Commissione europea, atteso che, nonostante l'affidamento riguardasse servizi di valore superiore alla soglia ammessa per l'applicazione della Direttiva sui servizi nel mercato interno (Direttiva 123/2006) e quindi in potenza fosse presente un interesse transfrontaliero, la Commissione non era stata in grado di dimostrare il superamento della soglia prevista dalla Direttiva per potersi applicare la disciplina prevista dalla medesima Direttiva.<sup>21</sup> Sul medesimo punto, in altra

---

dei servizi sanitari sia la preferenza accordata ai soggetti non profit deputati/incaricati della loro erogazione. E. MENICETTI, *I servizi sociali nell'ordinamento comunitario*, in A. ALBANESE-C. MARZUOLI (a cura di), *Servizi di assistenza e sussidiarietà*, Bologna, 2003, p. 107, ove l'A. sottolinea che l'intervento dei giudici di Lussemburgo è stato il risultato della decisione della Commissione europea di non procedere alla predeterminazione di un elenco, più o meno certo, di attività non economiche escluse dell'applicazione del diritto comunitario. Vedi, sul punto, Relazione della Commissione al Consiglio Europeo di Laeken sui Servizi di interesse generale, COM(2001) 598 def., 17 ottobre 2001, in part. paragrafi 31 e 32.

<sup>19</sup> Vedi sentenza della Corte (sesta sezione) 24 settembre 1998, C-76/97 e le Conclusioni dell'Avvocato Generale, Nial Fenelly, presentate il 2 aprile 1998, nelle quali si segnalava la distinzione tra "trasporto d'emergenza di pazienti", "trasporto di feriti e di malati" e "semplici trasporti in ambulanza". Nella Direttiva 92/50 sugli appalti, i servizi di trasporto sanitario erano ricompresi nell'Allegato I A, in quanto riconducibili ai "servizi di trasporto terrestre" e nell'Allegato B poiché annoverabili tra i "servizi sanitari e sociali".

<sup>20</sup> Il Considerando n. 28 della Direttiva 2014/24/UE esclude il trasporto sanitario di emergenza e di urgenza dall'applicazione delle regole sul mercato interno in ragione della funzione di tutela che il servizio di trasporto sanitario, organizzato in sistemi di welfare in cui prevale la dimensione solidaristica, assolve rispetto al pericolo imminente per la salute. Per questo motivo, la Direttiva introduce un criterio di valutazione della funzione sociale svolta dall'attività di trasporto sanitario: rispetto alle altre modalità di trasporto sanitario (ossia quelle ordinarie, non di emergenza e urgenza) in ambulanza, che hanno comunque rilievo socio-sanitario per l'oggetto dell'attività, in termini generali, si dovrebbe applicare il criterio della prevalenza della disciplina del valore stimato più elevato fra la componente trasporto e quella socio-sanitaria. L'art. 10, lett. h) della Direttiva 2014/24/UE dispone che il trasporto di pazienti in ambulanza rientri tra gli appalti pubblici di servizi ai quali non si applicano le disposizioni della Direttiva medesima.

<sup>21</sup> Sentenza 29 novembre 2007, C-119/06. In quell'occasione, i giudici di Lussemburgo si sono pronunciati in ordine ad un ricorso promosso dalla Commissione Europea contro l'Italia con riferimento ad un accordo quadro che la Regione Toscana, a mezzo delle proprie aziende sanitarie, aveva stipulato con alcune organizzazioni di volontariato per l'offerta di servizi di trasporto sanitario. In ultima analisi, quindi, benché la Corte abbia riconosciuto che l'affidamento dovesse rientrare nella disciplina degli appalti prevista dalla Direttiva 92/50/CE, l'alea circa il valore dello stesso non permetteva di escludere che l'attività de qua potesse essere oggetto di affidamento diretto alle organizzazioni di volontariato.

occasione,<sup>22</sup> i giudici di Lussemburgo hanno ribadito che il legislatore dell'Unione si è basato sulla presunzione che gli appalti relativi ai servizi ricompresi nell'allegato II B della direttiva 2004/18<sup>23</sup> non presentassero, a priori, data la loro natura specifica, un interesse transfrontaliero tale da giustificare che la loro aggiudicazione avvenisse in esito ad una procedura di gara d'appalto intesa a consentire a imprese di altri Stati membri di venire a conoscenza del bando e di partecipare alla gara d'appalto.<sup>24</sup> In questo senso, i giudici europei hanno sostenuto che qualora il valore dell'accordo quadro regionale avesse superato la soglia rilevante fissata dalla Direttiva 2004/18 e il valore dei servizi di trasporto fosse stato superiore a quello dei servizi medici, si doveva considerare la normativa regionale in contrasto con l'ordinamento eurounitario, atteso che la prima prevedeva che le amministrazioni locali affidassero la fornitura dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza in via prioritaria e con affidamento diretto, senza alcuna forma di pubblicità, alle associazioni di volontariato convenzionate.<sup>25</sup> Al contrario, secondo i giudici europei se la soglia in questione non fosse stata raggiunta, oppure se il valore dei servizi medici fosse stato superiore al valore dei servizi di trasporto, avrebbero trovato applicazione unicamente – oltre a, in quest'ultimo caso, gli articoli 23 e 35, paragrafo 4, della direttiva 2004/18 – i principi generali di trasparenza e di parità di trattamento derivanti dagli articoli 49 TFUE e 56 TFUE.<sup>26</sup> In altri termini, la Corte europea ha confermato che ai fini dell'applicazione del principio concorrenziale deve essere presente un interesse transfrontaliero certo.<sup>27</sup>

Unitamente ai criteri sopra richiamati, che potremmo definire di tipo “quantitativo” e oggettivo, in quanto riferiti all'oggetto della prestazione, la Corte ha preso in considerazione le specifiche caratteristiche giuridiche dei soggetti che erogano il servizio di trasporto sanitario e, segnatamente, le associazioni di volontariato, alle quali legittimamente gli Stati membri possono riconoscere una delega effettiva nell'erogazione del servizio in parola.<sup>28</sup> In altra

---

<sup>22</sup> Sez. V, sentenza 11 dicembre 2014, n. C-113/13.

<sup>23</sup> Preme ricordare che i servizi aventi natura mista, come quelli in discussione nel procedimento principale, erano menzionati al contempo negli allegati II A e II B della direttiva 2004/18. In argomento, si vedano le sentenze Commissione/Irlanda, C-507/03, EU:C:2007:676, punto 24, e Commissione/Irlanda, C-226/09, EU:C:2010:697, punto 27.

<sup>24</sup> Si vedano le sentenze Commissione/Irlanda, EU:C:2010:697, punto 25, nonché Strong Segurança, C-95/10, EU:C:2011:161, punto 35 e giurisprudenza ivi citata.

<sup>25</sup> Sentenza 11 dicembre 2014, n. C-113/13, punto 40.

<sup>26</sup> Si vedano le sentenze Commissione/Irlanda, EU:C:2007:676, punto 26 e giurisprudenza ivi citata, nonché Strong Segurança, EU:C:2011:161, punto 35.

<sup>27</sup> Vedi, in tal senso, sentenze Commissione/Irlanda, EU:C:2007:676, punto 29; Commissione/Italia, C-412/04, EU:C:2008:102, punti 66 e 81; SECAP e Santorso, C-147/06 e C-148/06, EU:C:2008:277, punto 21; Serrantoni e Consorzio stabile edili, C-376/08, EU:C:2009:808, punto 24, nonché Commissione/Irlanda, EU:C:2010:697, punto 31.

<sup>28</sup> In argomento, si veda Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. V, 25 settembre 2001, C-475/99, *Ambulanz Gloeckner*, riguardante il servizio di trasporto malati nel Land Renania-Palatino.

occasione, confutando la tesi sostenuta dall'Italia, i giudici europei hanno riconosciuto che l'assenza di scopo di lucro delle organizzazioni di volontariato non ostasse alla loro configurazione quali imprese.<sup>29</sup> La definizione d'impresa, secondo la Corte, non discende da presupposti soggettivi, quali, per esempio, la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi, quali l'offerta di beni e servizi da scambiare su un mercato, ancorché l'attività non sia considerabile come quella principale dell'organizzazione di volontariato. A ciò si aggiunga che nemmeno la circostanza per la quale un determinato ordinamento giuridico nazionale qualifica specifici soggetti come organizzazioni di volontariato è sufficiente a escludere per le medesime organizzazioni la qualificazione d'impresa ai sensi dell'ordinamento comunitario,<sup>30</sup> e quindi ad escludere che le associazioni di volontariato possano

---

Nelle proprie Conclusioni, presentate il 17 maggio 2001, l'Avvocato Generale, F.G. Jacobs, ha ribadito che l'affidamento del trasporto sanitario alle organizzazioni di volontariato non costituisce il conferimento alle medesime di "diritti speciali o esclusivi[...] dal momento che non pregiudica di per sé la capacità di operatori concorrenti di offrire servizi di trasporto in ambulanza nella zona in questione" (punto 92). Sulla sentenza, si veda per tutti il commento di A. ARGENTATI, *Diritti speciali ed esclusivi e regole comunitarie di concorrenza*, in *Giorn. Dir. Amm.* 2002, pp. 399 ss. Sulla legittimità del convenzionamento diretto con le associazioni di volontariato, si veda anche la recente sentenza della Corte, sez. III, 21 marzo 2019, C-465/2017, nella quale i giudici di Lussemburgo hanno ribadito che il servizio di trasporto malati può essere affidato senza procedura pubblica se ha carattere d'urgenza ed è prestato da un ente senza scopo di lucro e che, quindi, trattasi di attività "estranea" all'ambito di applicazione della Direttiva sugli appalti (2014/24/UE) quando risulti erogata da organizzazioni senza scopo di lucro.

<sup>29</sup> Sentenza 29 novembre 2007, C-119/06, Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana. In dottrina, sul punto, vedi R. CARANTA, *Attività pubblica, attività no-profit e disciplina dei contratti pubblici di servizi*, in *Urb. e app.*, 2008, pp. 294-304; A. ALBANESE, *L'affidamento di servizi socio-sanitari alle organizzazioni di volontariato e il diritto comunitario: la Corte di giustizia manda un monito agli enti pubblici italiani*, in *RIDPC*, 2008, pp. 1453-1468; A. DI MATTEO, *Sull'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario ed associazioni di volontariato*, in *Rass. avv. Stato*, fasc. 2/2008, pp. 162 ss. e M. MATTALIA, *Convenzionamento diretto e procedure concorsuali nell'affidamento del servizio di trasporto sanitario*, in *Foro amm. - Cons. Stato*, 2008, pp. 1984 ss. In argomento, si veda anche il recente contributo di D. CALDIROLA, *Stato, mercato e Terzo settore nel decreto legislativo n. 117/2017: per una nuova governance della solidarietà*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 31 gennaio 2018. La dottrina ha segnalato che la nozione di impresa costituisce il presupposto essenziale per l'applicazione delle regole antitrust: così, V. LOURI, *Undertaking as a Jurisdictional Element for the Application of EC Competition Rules*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 29(2), 2002, pp. 143-144, ove l'A. mette in luce come l'importanza della nozione di impresa sia già ricavabile dalla definizione stessa di concorrenza, intesa come "the relationship between any number of undertakings which sell goods or services of the same kind at the same time to an identifiable group of customers".

<sup>30</sup> Si veda la sentenza 23 aprile 1993, C-41/90, *Hoefner e Elsner c. Macroton*, in *Racc.*, p. I-1979, in part. punto 21, ove i giudici hanno affermato che "nel contesto del diritto della concorrenza[...] la nozione di impresa abbraccia qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento". Sul punto, si veda anche Corte di giustizia dell'Unione Europea, sez. V, 25 settembre 2001, C-475/99, *Ambulanz Gloeckner*, punti 21 e 22 pag. I-8089, nonché Corte di giustizia dell'Unione Europea, sentenza 2 giugno 2016, C-263/15, *Lajvér Melőriációs Nonprofit Kft., Lajvér Csapadékvizrendzési Nonprofit Kft. Contro Nemzeti Adó-és Vámhivatal Dél-dunántúli Regionális Adó Feigazgatósága (NAV)*. In quell'occasione, i giudici di

esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori.<sup>31</sup> In quest'ottica, preme evidenziare che sebbene la Corte di giustizia europea abbia riconosciuto la piena facoltà degli Stati Membri di individuare una "corsia preferenziale" da riservare alle associazioni di volontariato nella gestione dei servizi socio-sanitari, ancorando tale preferenza alla specifica finalità e tipologia dei soggetti incaricati della loro gestione,<sup>32</sup> essa non ha mancato di ribadire che l'attribuzione di "diritti speciali" a favore delle organizzazioni di volontariato non impedisce di qualificare il servizio di trasporto sanitario alla stregua di un'attività economica.<sup>33</sup> Conseguentemente, le organizzazioni di volontariato dedite allo svolgimento di tale attività economica sono state qualificate alla stregua di imprese, evidenziando così la compatibilità tra natura *non profit* di un'organizzazione e la qualificazione di "operatore economico" della medesima.<sup>34</sup> E tale conclusione non può essere contraddetta nemmeno dalla

---

Lussemburgo hanno ribadito che la nozione di "attività economica" non contraddice e non è in contrasto con la natura non lucrativa del soggetto che tale attività svolge, ancorché in forma sussidiaria e marginale rispetto alle altre attività dedotte in statuto.

<sup>31</sup> Sentenza 29 novembre 2007, C-119/06, punto 39.

<sup>32</sup> I punti 28 e 29 della sentenza *Sodemare* (sentenza 17 giugno 1997, C-70/95) esplicitano la posizione dei giudici europei: "La condizione di assenza di fini di lucro[...]inerisce all'ambito del sistema socio-assistenziale, stabilito dalla legge[...] che mira in particolare a promuovere e a tutelare la salute delle persone mediante l'integrazione dei servizi di assistenza sociale e sanitaria e ad agire in favore dei soggetti non autosufficienti privi di famiglia e i cui famigliari sono impossibilitati a provvedere ad essi, realizzando e favorendo il loro inserimento in famiglia o in ambienti comunitari idonei".

<sup>33</sup> Corte di giustizia europea, sez. V, 11 dicembre 2014, n. C-113/13, Azienda Sanitaria Locale N. 5 "Spezzino" Associazione Nazionale Pubblica Assistenza (ANPAS) – Comitato Regionale Liguria Regione Liguria contro San Lorenzo Società Cooperativa Sociale Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus. Sulla funzione interpretativa dei Giudici europei di Lussemburgo è stato sottolineato come "la CGUE abbia nel tempo «procedimentalizzato» il ricorso a tale deroga così che le misure nazionali restrittive, per poter essere giustificate, devono per un canto soddisfare ragioni imperative di interesse generale (nel caso di specie, universalità, solidarietà ed efficienza di bilancio); per altro canto, risultare rispettose del principio di proporzionalità e, nello specifico, risultare idonee rispetto allo scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento<sup>59</sup>. È in quest'ultima prospettiva che vanno inquadrati quei passaggi in cui la CGUE, anche al fine di escludere la configurabilità di un "abuso del diritto", ha dato rilievo al fatto che il rimborso spese sia effettivo (non forfettario), che le associazioni non traggano profitto dalle convenzioni né per loro né per i loro membri, non perseguano obiettivi diverse che usino solo quei lavoratori necessari al loro regolare funzionamento.". Così, E. Caruso, *L'amministrazione pubblica condivisa: Terzo settore, contratti, servizi*, in PA Persona e Amministrazione, Vol. 4 (2024), p. 217.

<sup>34</sup> Nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale, Nils Wahl, in data 30 aprile 2014, nell'ambito della causa citata alla nota precedente, si legge che "la qualità di «operatore economico» con riferimento ad un determinato ente non dipende da ciò che l'ente è (per esempio, la sua composizione interna, la sua struttura o il suo funzionamento) ma piuttosto da ciò che l'ente fa (vale a dire, il tipo di attività che esercita). A tale riguardo, la Corte ha costantemente dichiarato che i servizi di trasporto di emergenza e i servizi di trasporto dei pazienti costituiscono attività economiche ai sensi del diritto dell'Unione" (punto 24). Sul punto, si veda anche Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sez. IV, C-305/08, del 23 dicembre 2009, CoNISMA, nella quale i giudici europei hanno confermato che la nozione di derivazione comunitaria di "operatore economico"

circostanza che le associazioni di volontariato possono presentare offerte notevolmente inferiori a quelle dei propri concorrenti in virtù del titolo gratuito che caratterizza l'attività dei volontari in esse impegnati.<sup>35</sup> I contenuti economici della convenzione e la concorrenzialità nell'attività di trasporto sanitario sono stati oggetto di scrutinio da parte della Corte europea in un'altra occasione.<sup>36</sup> A seguito di un rinvio pregiudiziale promosso dal Consiglio di Stato italiano,<sup>37</sup> nelle proprie conclusioni, l'Avvocato Generale, in primo luogo, ha ritenuto che l'attività di trasporto sanitario avrebbe potuto essere oggetto di confronto concorrenziale tra diversi enti senza scopo di lucro e non soltanto appannaggio di affidamento diretto alle associazioni di volontariato.<sup>38</sup> In secondo luogo, l'Avvocato Generale ha rilevato come proprio l'affidamento diretto alle organizzazioni di volontariato, previsto dalla normativa regionale ligure,

---

deve ricomprendere anche le organizzazioni non profit, oltre agli enti pubblici, esclusi, nel caso di specie, dall'ordinamento nazionale (all'epoca della causa cfr. art. 34, d. lgs. n. 163/2006). Sul servizio di trasporto sanitario si vedano anche le sentenze 24 settembre 1998, causa C-76/97, Walter Tögel e Niederösterreichische Gebietskrankenkass. Con questa pronuncia, i giudici di Lussemburgo hanno inteso precisare che il servizio di trasporto malati costituisce in parte un servizio di trasporto ed in parte un servizio socio-sanitario. Di cui la necessità di approfondire analiticamente e in modo concreto il tipo di attività in prevalenza prestata, al fine di valutare la disciplina da applicarsi, in particolare se quella contemplata nell'Allegato I a o I b dell'allora vigente direttiva appalti. Si vedano, inoltre, la sentenza 18 dicembre 2007, causa C-532-03, Commissione c. Irlanda, in Racc., p. I-11353: i giudici di Lussemburgo, in quell'occasione, riconobbero la piena autonomia decisionale ed organizzativa del Comune di Dublino di assegnare direttamente il servizio di trasporto sanitario, senza esperire una procedura ad evidenza pubblica; sentenza 29 aprile 2010, causa C-160/08, Commissione c. Governo Germania Federale, ove la Corte di giustizia confermò che agli affidamenti direttivi del servizio di trasporto sanitario dovessero applicarsi soltanto le previsioni del diritto comunitario relative alla pubblicità degli esiti di tali affidamenti e non tutto il corpus normativo; sentenza 10 marzo 2011, causa C-274/09, Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler, nella quali la Corte ha ribadito che le associazioni senza scopo di lucro che esercitano un'attività economica possono considerarsi imprese ai sensi delle disposizioni del Trattato relative alla concorrenza. Recentemente, i giudici di Lussemburgo hanno confermato la non incompatibilità tra associazioni senza fini di lucro e svolgimento di attività economico-imprenditoriale, richiamando l'ampia nozione di impresa, che abbraccia qualsiasi entità che eserciti un'attività economica, a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento: "Ne consegue, in primo luogo, che lo status giuridico del soggetto interessato, nel caso di specie un'associazione, non incide sulla possibilità di qualificarla come "impresa" ai sensi del diritto dell'Unione e non pregiudica l'eventuale carattere economico dell'attività da essa esercitata". Così, Conclusioni dell'Avvocato generale del 6 luglio 2016, causa C-216/15, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH contro Ruhrlandklinik gGmbH*, punto 51. E in una precedente occasione (Corte di giustizia europea Sez. IX, 12 marzo 2015, n. C-594/13), la Corte ha escluso dalla nozione di "organismi riconosciuti come aventi carattere sociale", per i quali è riconosciuta, ai sensi dell'art. 132, paragrafo 1, lettera g), della Direttiva 2006/112/CE, l'esenzione dall'IVA per le prestazioni di servizi strettamente connesse con l'assistenza e la previdenza sociale, i servizi professionali infermieristici e le agenzie interinali.

<sup>35</sup> Sentenza 29 novembre 2007, C-119/06, punto 48.

<sup>36</sup> Sez. V, sentenza 11 dicembre 2014, n. C-113/13.

<sup>37</sup> Ordinanza del 25 gennaio 2013.

<sup>38</sup> Vedi Conclusioni dell'Avvocato Generale, Nils Wahl, presentate il 30 aprile 2014, punto 59.

dovesse considerarsi contrario ai principi comunitari in quanto espressione di una restrizione non giustificata e proporzionata delle regole concorrenziali.<sup>39</sup> Considerando le finalità di interesse generale sottese al trasporto sanitario, l'Avvocato Generale ha richiamato la possibilità per le amministrazioni procedenti di prevedere l'inserimento nei bandi di gara di apposite clausole atte a promuovere e realizzare gli obiettivi di interesse generale che gli enti pubblici si prefiggono di conseguire a mezzo degli appalti pubblici, ai quali possono essere invitate anche le organizzazioni di volontariato.<sup>40</sup> L'Avvocato Generale, dunque, non ha disconosciuto il valore di queste ultime, ma le ha ricondotte nell'alveo *naturale* della disciplina concorrenziale, la quale può stabilire taluni criteri e aspetti per valorizzarne la specificità,<sup>41</sup> senza che tale valorizzazione contempli il riconoscimento di un "diritto di riserva" a favore delle organizzazioni in parola.

I giudici europei hanno comunque valorizzato la specifica qualificazione giuridica delle organizzazioni di volontariato,<sup>42</sup> in specie nei loro rapporti di partnership con le pubbliche amministrazioni. Il convenzionamento diretto deve, secondo la Corte, risultare finalizzato ad esprimere una diretta strumentalità del servizio di trasporto in ambulanza alla realizzazione dei principi di solidarietà, efficienza, economicità e universalità di accesso al servizio medesimo.<sup>43</sup> E ciò a fortiori nel caso di accordi quadro per

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, punto 61 delle Conclusioni.

<sup>40</sup> Queste ultime, in ragione dell'efficacia della loro organizzazione, dovrebbero essere in grado di partecipare a gare e in esse prevalere quando il criterio di aggiudicazione è il rapporto costo/efficacia del servizio. Così, punto 70 delle Conclusioni.

<sup>41</sup> Specificità e specialità che le autorità amministrative devono motivare adeguatamente, affinché dette clausole non siano utilizzate per favorire soltanto alcuni operatori economici, ancorché non lucrativi. Sul punto, si veda Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sez. V, 22 ottobre 2015, C-552/13, *Grupo Hospitalario Quirón SA contro Departamento de Sanidad del Gobierno Vasco e Instituto de Religiosas Siervas de Jesús de la Caridad*. Nelle proprie conclusioni dell'11 giugno 2015, l'Avvocato Generale evidenziò che per poter essere ritenuti conformi agli articoli 49 e 56 TFUE, i provvedimenti nazionali che possono ostacolare o scoraggiare l'esercizio delle libertà fondamentali devono soddisfare quattro condizioni: essi devono applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il raggiungimento di quest'ultimo.

<sup>42</sup> Sentenza 11 dicembre 2014, n. C-113/13, punto 61. Sulla qualificazione giuridica delle associazioni di volontariato quali organizzazioni "che hanno l'obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non hanno finalità commerciali, e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l'obiettivo dell'organizzazione", vedi sentenza (terza sezione) 21 marzo 2019, C-465/17, punto 59. Nelle proprie conclusioni sul caso in parola, l'Avvocato Generale (cfr. Conclusioni presentate il 18 novembre 2018) aveva confermato che la categoria giuridica delle organizzazioni non profit deve essere fondata su elementi sostanzialistici e non meramente formali. In questa prospettiva, pertanto, gli enti non profit devono poter essere individuati sulla base della destinazione degli utili eventualmente conseguiti nel rafforzamento delle finalità statutarie e non semplicemente dal fatto di appartenere ad una determinata classificazione vigente negli Stati membri (punto 77).

<sup>43</sup> Si vedano Corte di giustizia dell'Unione europea, Terza Sezione, 29 novembre 2007 – Commissione/Italia, causa C 119/06 e Quinta Sezione, sentenza 28 gennaio 2016, n. C-50/14 e sentenza C-113/13, punto 52. In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno sottolineato il

l'organizzazione del trasporto sanitario che, qualificabili alla stregua di un appalto pubblico,<sup>44</sup> prevedono la remunerazione dei servizi e non solamente il rimborso dei costi sostenuti dall'organizzazione.<sup>45</sup> Indubbiamente, tra i criteri di valutazione che i giudici di Lussemburgo hanno elaborato nel corso dei decenni in tema di trasporto sanitario, il necessario collegamento tra attività e finalità perseguita può essere considerato quello prevalente. In questa cornice, agli Stati membri, in ossequio al principio di sussidiarietà, è riconosciuta la facoltà, di assicurare la tutela del diritto alla salute<sup>46</sup> e di stabilire le modalità organizzative attraverso cui detto diritto deve essere protetto.<sup>47</sup> In questa prospettiva, a giudizio della Corte, gli Stati membri dispongono della piena

---

richiamo che la Costituzione italiana fa del volontariato, così come nello specifico disciplinato dall'art. 118, u.c. Cost. che – come noto – ha riconosciuto che i cittadini in forma associata possano svolgere attività di interesse generale con il sostegno delle pubbliche autorità, secondo il noto principio di sussidiarietà, così contribuendo a garantire i livelli essenziali delle prestazioni. Sui diritti sociali nell'ordinamento costituzionale, per tutti, si rinvia a A. OCCHINO, *I diritti sociali nell'interpretazione costituzionale*, in *RDSS*, anno XVII, n. 1, 2017 e E. LONGO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana: un percorso di analisi*, in *RDSS*, anno XVII, n. 2, 2017.

<sup>44</sup> Sentenza 11 dicembre 2014, n. C-113/13, punto 38. In tal senso, vedi anche sentenza Commissione/Italia, EU:C:2007:729, punti 41, 43 e 44. Trattandosi di appalto pubblico di servizi esso deve essere diretto a garantire la libera circolazione dei servizi e l'apertura ad una concorrenza non falsata e più ampia possibile negli Stati membri. Sul punto, vedi sentenza Bayerischer Rundfunk e a., C-337/06, EU:C:2007:786, punto 39 e giurisprudenza ivi citata. Da ciò consegue, secondo il giudizio della Corte, che le convenzioni dirette tra aziende sanitarie ed associazioni di volontariato conducono “ad un risultato contrario ai menzionati obiettivi”, in quanto, tra l'altro, causerebbero l'esclusione di tutti quei “soggetti non finalizzati al volontariato da una parte essenziale del mercato interessato.” (sentenza C-113/13, punto 52).

<sup>45</sup> Sentenza 29 novembre 2007, C-119/06, punto 48, ove la Corte segnala che i pagamenti previsti dalle pubbliche autorità interessate superavano il semplice rimborso delle spese sostenute, poiché in quell'occasione le parti avevano convenuto di adottare un sistema di pagamento preventivo e forfetario, privo cioè di quella stretta commisurazione tra costi sostenuti e remunerazione dei titoli di costo presentati. I giudici eurounitari hanno sottolineato che “ha scarsa rilevanza accertare se i costi che devono essere rimborsati dalle pubbliche amministrazioni alle associazioni in parola coprono unicamente i costi diretti collegati allo svolgimento delle prestazioni interessate o, in aggiunta, una parte delle spese generali” (sentenza 11 dicembre 2014, n. C-113/13, punto 37).

<sup>46</sup> Si vedano, in tal senso, in particolare, le sentenze Sodemare e a., C-70/95, EU:C:1997:301, punto 27 e giurisprudenza ivi citata, nonché Blanco Pérez e Chao Gómez, C-570/07 e C-57107, EU:C:2010:300, punto 43 e giurisprudenza ivi citata. Da ciò consegue, secondo i giudici di Lussemburgo, che il principio della libertà di prestazione dei servizi può essere derogato “non solo [da] un rischio di grave pregiudizio per l'equilibrio economico del sistema previdenziale”, ma, anche “[dal]l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti”. In altri termini, detto obiettivo può ragionevolmente rientrare “in una delle deroghe giustificate da motivi di sanità pubblica, se un siffatto obiettivo contribuisce al conseguimento di un livello elevato di tutela della salute (v., in tal senso, sentenza Stamatelaki, C-444/05, EU:C:2007:231, punti 30 e 31 e giurisprudenza ivi citata).”

<sup>47</sup> Si vedano, in tal senso, in particolare, sentenze Commissione/Germania, C-141/07, EU:C:2008:492, punti 46 e 51 nonché giurisprudenza ivi citata, e Blanco Pérez e Chao Gómez, EU:C:2010:300, punti 43, 44, 68 e 90 e giurisprudenza ivi citata.”

facoltà di ricorrere in forma esclusiva alle associazioni di volontariato,<sup>48</sup> in quanto modalità corrispondente alla finalità sociale del servizio di trasporto sanitario e idonea a contribuire al controllo dei costi legati a tale servizio.<sup>49</sup> Il combinato disposto delle finalità perseguite (elemento teleologico) e caratteristiche soggettive delle organizzazioni chiamate ad erogare e prestare il servizio di trasporto sanitario (associazioni di volontariato) costituiscono gli elementi che hanno pertanto consentito alla Corte europea di sottrarre l'attività di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza all'applicazione delle regole concorrenziali.

#### **4. L'attività di trasporto sanitario di emergenza e urgenza nell'ordinamento giuridico italiano: previsioni legislative e interpretazione giurisprudenziale**

Il diritto europeo, sia nella sua versione di diritto positivo sia nella declinazione interpretativa fornita dalla Corte europea di giustizia, peraltro talvolta sollecitata a pronunciarsi dai giudici amministrativi italiani, ha trovato ampia accoglienza nell'ordinamento giuridico nazionale.<sup>50</sup> Le disposizioni della Direttiva 2014/24/UE sono state trasposte, come è noto, dapprima nella legge

---

<sup>48</sup> Sul punto, si veda sentenza 11 luglio 2013, C-57/12, in part. punto 48, nel quale i giudici di Lussemburgo ribadiscono la necessità che alle associazioni non profit sia attribuito, da parte delle autorità pubbliche concedenti, uno specifico munus per realizzare finalità di interesse collettivo.

<sup>49</sup> Vedi sentenza Sodemare e a., punto 32.

<sup>50</sup> Preme, tuttavia, segnalare che nell'ordinamento giuridico nazionale, a differenza di quello europeo, alle pubbliche amministrazioni sembra essere richiesto un onere motivazionale rafforzato nel caso di affidamenti alle organizzazioni non profit: "Inoltre, si evidenzia che, come recentemente ribadito dalla Corte dei Conti, Sez. Reg. Contr. Basilicata, con deliberazione n. 57/2015/PAR del 30.7.2015, la possibilità di acquistare sul mercato i servizi, originariamente prodotti al proprio interno, da soggetti del terzo settore è giustificata soltanto quando sia necessaria per garantire i livelli essenziali dei servizi medesimi e a condizione di ottenere conseguenti economie di gestione, ciò anche nel rispetto delle previsioni dell'art. 29 della l. 448/2000. Pertanto, le amministrazioni possono procedere in tal senso soltanto previa valutazione della ricorrenza di entrambi i presupposti suindicati, di cui deve essere fornita idonea motivazione." AUTORITÀ NAZIONALE ANTICORRUZIONE, *Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 recante "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali"*, p. 16. Si potrebbe sostenere che una simile valutazione (di natura comparata) sia stata trasfusa, per quanto riguarda l'ordinamento giuridico italiano, nell'art. 56, comma 1, d. lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore), che dispone quanto segue: "1. Le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1, comma 2, del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, possono sottoscrivere con le organizzazioni di volontariato e le associazioni di promozione sociale, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, convenzioni finalizzate allo svolgimento in favore di terzi di attività o servizi sociali di interesse generale, se più favorevoli rispetto al ricorso al mercato." Sulle modalità di affidamento dei servizi nel Codice del terzo settore, si veda A. PALMACCIO, *Brevi osservazioni sulle modalità di erogazione dei servizi sociali dopo l'entrata in vigore del correttivo al Codice dei contratti e del Codice del terzo settore*, in *Nomos*, 3-2017, pp. 13 ss.

delega n. 11/2016<sup>51</sup> e, successivamente, nel Codice dei contratti pubblici<sup>52</sup> e, in epoca più recente, nel Codice del Terzo settore.<sup>53</sup> Nel d. lgs. n. 36/2023 il servizio di trasporto di urgenza e di emergenza rientra fra i contratti esclusi dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice, ma il medesimo deve comunque essere assoggettato ai principi comunitari dell'evidenza pubblica.<sup>54</sup> L'esclusione in parola è significativa atteso che il legislatore nazionale, al pari di quello europeo, riconosce due elementi intrinseci nell'attività di trasporto sanitario, peraltro confermati nelle decisioni della Corte di giustizia. Il primo, oggettivo, attiene alle finalità di interesse pubblico associate necessariamente all'attività stessa; il secondo, soggettivo, riguarda invece la categoria giuridica delle organizzazioni affidatarie del servizio che, nel caso di specie, sono caratterizzate dalla non lucratività.<sup>55</sup>

In tale contesto, il vincolo alla non distribuzione degli utili che caratterizza queste organizzazioni assurge non soltanto ad elemento qualificante la fattispecie giuridica,<sup>56</sup> ma ne legittima il convenzionamento in forma diretta delle medesime organizzazioni non lucrative nell'erogazione del servizio.<sup>57</sup>

---

<sup>51</sup> Legge 28 gennaio 2016, n. 11, recante "Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".

<sup>52</sup> Decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante "Codice dei contratti pubblici", abrogato ad opera del d. lgs. n. 36/2023.

<sup>53</sup> Il riferimento è all'art. 57 del d. lgs. n. 117/2017.

<sup>54</sup> Tra gli altri, sull'argomento si veda A. MEALE, *I contratti esclusi dall'ambito di applicazione del d. lgs. n. 50/2016 dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e Appalti*, 2016, p. 919 ss.

<sup>55</sup> Per un'analisi degli affidamenti dei servizi di welfare in un'ottica di coordinamento tra previsioni contenute nel Codice dei contratti pubblici e autonomia discrezionale degli enti locali, si veda A. GUALDANI, *Il sistema delle esternalizzazioni nei servizi sociali: antiche questioni e nuove prospettive*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 12/2018, 6 giugno 2018, par. 6.

<sup>56</sup> Sul punto specifico, si veda G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *NLCC*, 3/2018, p. 677.

<sup>57</sup> Già in vigenza della legge n. 266/1991, il T.A.R. Lombardia, con le sentenze 12 gennaio 1999, n. 108 e 9 marzo 2000, n. 1869 escludeva che le associazioni di volontariato potessero partecipare in regime di concorrenza con altri operatori economici a gare per l'affidamento di servizi, poiché esse avrebbero alterato in modo illegittimo il mercato: "È avviso del Collegio che l'ordinamento riserva alle organizzazioni in questione una particolare posizione, favorendone l'apporto ausiliario nei confronti della pubblica amministrazione, ma senza alcuna loro assimilazione alla logica di mercato, non potendo esse presentare in dipendenza del loro peculiare modello organizzativo e gestionale offerte indicanti un corrispettivo per i servizi da prestare, posto che le risorse economiche di cui possono beneficiare si alimentano in via esclusiva con i rimborsi spese sostenute, ivi compresi gli oneri di copertura assicurativa dei volontari impiegati. In proposito deve, quindi, concludersi che all'indizione di una pubblica gara per il conferimento del servizio di trasporto dei degenti del Presidio ospedaliero Bassini di Cinisello Balsamo non poteva seguire l'indifferenziato invito a parteciparvi, rivolto dalla resistente Azienda ospedaliera sia ad associazioni di volontariato sia ad imprese operanti sul mercato, considerata la giuridica preclusione al libero dispiegarsi fra di esse del principio di libera concorrenza" (T.A.R. Lombardia-Milano, sez.

Poiché, tuttavia, in vigenza della legge n. 266/1991,<sup>58</sup> il convenzionamento diretto non sempre è stato oggetto di interpretazione favorevole da parte dei giudici amministrativi, in specie in presenza di accordi convenzionali che prevedevano “quasi-corrispettivi”,<sup>59</sup>

il trasporto sanitario di emergenza e urgenza è stato oggetto di specifica disciplina nell’ambito del Codice del Terzo Settore,<sup>60</sup> atteso che trattasi di una tipica attività che forma l’oggetto sociale di numerose organizzazioni di volontariato disciplinate dal medesimo Codice.<sup>61</sup> Il servizio di trasporto sanitario

---

III, 9.3.2000, n. 1869, GI, 2000, 3, 4). In senso adesivo, si veda Si veda Cons. St., sentenza 23 gennaio 2013, n. 387.

<sup>58</sup> Sembra opportuno ricordare in questa sede che la legge citata è stata abrogata ad opera del d.lgs. n. 117/2017.

<sup>59</sup> “L’affidamento di convenzione ex L. 266/91 viola il principio generale della concorsualità sancito dalle normative interna e comunitaria. Tanto è che è stato stabilito nella convenzione un prezzo uguale a quello che veniva corrisposto alla ricorrente, concretizzando così il carattere lucrativo dell’attività; ciò elimina le specificità che potevano discendere dall’accordo con l’(organizzazione di volontariato), ente attivo nel campo del volontariato e quindi tenuto a rispettarne le norme fissate dalla legge 266/91 e dalla legge reg. n. 15/92, che non ammettono per queste organizzazioni attività imprenditoriale, ma soli rimborsi spese e comunque richiedono una fondamentale azione caratterizzata da gratuità con l’assenza di fini di lucro anche indiretto e la marginalità delle attività commerciali e produttive”. Così, T.A.R. Liguria, sentenza 29 dicembre 2000, n. 1346, TAR, 2001, I, 61.

<sup>60</sup> D. lgs. n. 117/2017, art. 57. L’art. 57 consente agli enti pubblici competenti di affidare alle Odv il trasporto d’urgenza ed emergenza, «in via prioritaria» e in convenzione, quando, «per la natura specifica del servizio», ciò contribuisca al suo espletamento «in un sistema di effettiva contribuzione alla finalità sociale e al perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica ed adeguatezza». Sul punto, autorevole dottrina, ha segnalato che “[l]e formule «in via prioritaria» – rispetto all’eventuale ricorso a gare

che coinvolgano anche soggetti for profit – e «per la natura specifica del servizio» contengono una valutazione normativa preventiva dell’assetto degli interessi pubblici, in base alla quale, in tale tipologia di servizio, l’affidamento alle Odv viene considerato intrinsecamente «più favorevole rispetto

al ricorso al mercato», se espletato alle condizioni e per gli obiettivi indicati.” Così, A. Albanese, I servizi sociali nel codice del Terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarità, in *Munus*, n. 1, 2019, p. 165.

Giova ricordare che nel sistema previgente al Codice del Terzo settore, l’apporto delle organizzazioni di volontariato allo svolgimento di attività socio-sanitarie ha trovato una propria disciplina normativa nella l. 23 dicembre 1978, n. 833 (Istituzione del servizio sanitario nazionale). Per la prima volta nell’ordinamento giuridico italiano veniva riconosciuta la funzione delle associazioni di volontariato nella realizzazione degli obiettivi del Servizio sanitario nazionale, disciplinandone il loro apporto tramite accordi quadro e convenzioni conclusi a livello regionale. A ciò si aggiunga quanto disposto nella l. 11 agosto 1991, n. 266 (Legge-quadro sul volontariato), abrogata ad opera dell’art. 102, comma 1, lett. a), d. lgs. n. 117/2017, nell’art. 38, l. 5 febbraio 1992, n. 104, nell’art. 3, d.p.c.m. 30 marzo 2001, nonché in molte leggi regionali sul volontariato.

<sup>61</sup> In argomento, si vedano D. CALDIROLA, *Servizi sociali, riforma del Terzo settore e disciplina degli appalti*, in *Riv. It. dir. pubb. com.*, 2016, pp. 733 ss.; P. Rossi, *Il regime non concorrenziale del servizio di trasporto sanitario nel codice del terzo settore*, in [www.amministrazioneincammino.it](http://www.amministrazioneincammino.it), 4 settembre 2017; P.M. VIPIANA, *L’affidamento dei servizi socio-sanitari, con particolare riguardo ai servizi di trasporto dei malati*, Osservatorio sui sistemi sanitari, Corti supreme e salute 2018, 2

di emergenza e urgenza trova un fondamento normativo espresso nell'art. 57 del Codice del Terzo settore, laddove si legge che l'attività in parola può costituire "in via prioritaria" oggetto di affidamento diretto<sup>62</sup> in convenzione alle organizzazioni di volontariato iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa ed accreditate ai sensi della normativa regionale.<sup>63</sup> Per poter procedere al convenzionamento con gli enti del terzo settore, la P.A. procedente deve poter verificare, per la specifica natura del servizio, che l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione. La convenzione si configura quale modello alternativo alle procedure ad evidenza pubblica,<sup>64</sup> ma non a quelle comparative,<sup>65</sup> atteso che la P.A. committente può nell'ambito delle organizzazioni di volontariato iscritte all'albo regionale, individuare quella specifica associazione, in base ad una scelta

---

<sup>62</sup> Nel caso di attività di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, come evidenziato in dottrina, a differenza della fattispecie prevista nell'art. 56, all'amministrazione procedente "non è richiesta una valutazione preliminare di maggior favore rispetto al mercato". M.V. FERRONI, L'affidamento agli enti del terzo settore ed il Codice dei contratti pubblici, in *Nomos*, 2-2018, par. 4, p. 35. Una simile scelta normativa è stata giustificata dal legislatore in ragione della "peculiarità del servizio, strettamente connesso alla tutela della salute della persona". Così, Relazione illustrativa allo "Schema di decreto legislativo recante "Codice del Terzo settore, a norma dell'articolo 1, comma 2, lettera b), della legge 6 giugno 2016, n. 106", p. 19.

<sup>63</sup> Le convenzioni ex art. 57, d. lgs. n. 117/2017 devono considerarsi come una specie del genus convenzioni di cui all'art. 56 del medesimo decreto legislativo, il cui comma 1 stabilisce esse possono prevedere esclusivamente il rimborso delle spese effettivamente sostenute e documentate e devono assicurare il rispetto di una serie di requisiti e dimostrare adeguata attitudine dell'organizzazione convenzionanda di garantire la continuità del servizio. Il d. lgs. n. 117/2017 definisce indubbiamente un quadro di azione per le P.A. procedenti, nell'ambito del quale le organizzazioni di volontariato, in ragione dell'agire volontario di quanti si impegnano in esse e delle finalità perseguite, sono particolarmente valorizzate, anche nell'attivazione di forme di partnership istituzionale. Le organizzazioni di volontariato sono inoltre valorizzate nella loro dimensione di realtà capaci di produrre ed erogare servizi di natura comunitaria, che si può realizzare ammettendo le stesse alle gare pubbliche per l'affidamento dei servizi medesimi. In quest'ottica, si può interpretare la previsione contenuta nell'art. 56, d. lgs. n. 117/2017, che prevede l'attivazione di convenzioni dirette soltanto per quelle attività per le quali si possa dimostrare l'assenza di un mercato contendibile.

<sup>64</sup> Sul punto, si veda Tar Campania, sezione staccata Salerno, sez. I, 19 settembre 2023, n. 2014.

<sup>65</sup> Infatti, mentre il comma 1 dell'art. 57 prevede l'affidamento diretto, il successivo comma 2 rinvia alle previsioni dell'art. 56, comma 3, il quale dispone che la scelta dell'associazione debba avvenire tramite procedure comparative. Sul punto, si è segnalato che tale orientamento legislativo faccia "ritenere operante la regola dell'affidamento (*recte* scelta) tramite procedura comparativa e come eccezione (motivata) quella dell'affidamento diretto, non essendo dall'altro escluso che l'ente pubblico, per lo più a fronte di una normativa regionale di settore, opti per il sistema dell'accREDITAMENTO". L. GILI, *Il Codice del Terzo settore ed i rapporti collaborativi con la P.A.*, in *Urbanistica e Appalti* 1/2018, p. 6.

“diretta”,<sup>66</sup> con la quale stipulare la convenzione per la gestione del servizio.<sup>67</sup>

Nella “terra di mezzo” tra affidamenti diretti e procedure ad evidenza pubblica, lo strumento della convenzione, così come disciplinato dal d. lgs. n. 117/17, è concepibile quale alternativa alle procedure ad evidenza pubblica,<sup>68</sup>

---

<sup>66</sup> La specialità del trasporto sanitario di emergenza e di urgenza è stata ribadita dal Tar Venezia, sez. III, con sentenza 15 ottobre 2018, n. 951, con la quale i giudici amministrativi veneti hanno accolto il ricorso presentato da una ONLUS contro la gara indetta da un’azienda sanitaria relativa all’affidamento del trasporto di soccorso. In quell’occasione, il Tar ha evidenziato che l’azienda sanitaria non deve esperire una procedura ad evidenza pubblica atteso che:

-) il regime alleggerito previsto dal Codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 50/2016) si applica al solo trasporto ordinario di pazienti privo del carattere d’urgenza;

-) il ricorso al convenzionamento diretto con le organizzazioni di volontariato iscritte all’apposito albo regionale è previsto dall’art. 57, d. lgs. n. 117/2017;

-) il convenzionamento diretto con le organizzazioni di volontariato è altresì previsto dalla legge regionale (nel caso di specie l.r. Veneto 26/2002), che stabilisce un apposito sistema di accreditamento per le organizzazioni che intendano svolgere il trasporto e il soccorso sanitario emergenziale e d’urgenza. La decisione del giudice di prime cure è stata confermata dal Consiglio di Stato, sez. III, con sentenza 14 maggio 2019, n. 3131. In quell’occasione i giudici di Palazzo Spada hanno ribadito che, in ossequio alle disposizioni della Direttiva n. 2014/24/UE, così come interpretate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea, nell’ambito delle prerogative regionali concorrenti in materia di sanità e coerentemente con l’art. 57, Codice del Terzo settore, il servizio di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza può legittimamente essere assegnato in via diretta ad un’associazione di volontariato.

Sull’importanza delle finalità indicate nel Codice del terzo settore, si veda M. CEOLIN, *Il c.d. Codice del terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117): un’occasione mancata?*, in *NLCC*, 1/2018, p. 15.

<sup>67</sup> La Regione Umbria, con la deliberazione della Giunta Regionale 28 dicembre 2016, n. 1604, recante “Nuova disciplina dell’attività di trasporto sanitario e prevalentemente sanitario”. Preadozione nuovo regolamento regionale e adempimenti conseguenti”, ha stabilito che “l’esercizio dell’attività di trasporto sanitario per conto del SSR è subordinato ad accreditamento, rilasciato dalla competente struttura Regionale previo accertamento, da parte dell’Organismo Tecnicamente Accreditante Regionale, dei requisiti di cui all’allegato B” (art. 4 della deliberazione). L’allegato B in parola, tra l’altro, prevede che le organizzazioni che intendano accreditarsi devono disporre di una struttura organizzativa, in grado di assicurare: a) una adeguata manutenzione dei beni e servizi impiegati nell’attività di trasporto sanitario; b) la conformità alla normativa vigente; c) capacità di programmazione, anche degli acquisti di beni e servizi; d) l’adozione della carta dei servizi; e) capacità di relazioni con il pubblico; f) il monitoraggio in ordine alla soddisfazione dell’utente; g) la formazione del personale impiegato nei servizi. In argomento, si veda anche Deliberazione della Giunta Regionale del Piemonte 30 ottobre 2018, n. 48-7791, recante “LR 42/1992. Approvazione, per il periodo 2019-2022, degli schemi di Accordo regionale per lo svolgimento delle attività di trasporto sanitario di emergenza e urgenza interspedaliero e delle attività di trasporto sanitario interspedaliero programmato e di trasporto su patologie autorizzabili e continuazione di cure. Modifica alla DGR 45-6134 del 11/06/2007.”

<sup>68</sup> È questo nella sostanza il principio affermato dal Tar Puglia, Lecce, sez. II, che con la sentenza n. 32 del 16 gennaio 2018 ha ribadito che la convenzione con le organizzazioni di volontariato per la gestione del servizio di trasporto sanitario delineata dal Codice del Terzo settore è procedura alternativa a quanto previsto nel Codice dei contratti pubblici (all’epoca della decisione, si trattava dell’art. 17, lett. h), d. lgs. n. 50/2016). I giudici amministrativi pugliesi, nel caso di specie richiamato, hanno confermato che il Codice del terzo settore ha “cristallizzato” i principi affermati sia dalla giurisprudenza eurounitaria sia da quella nazionale. Ciò implica indubbiamente il riconoscimento della possibilità per le organizzazioni di volontariato di partecipare alle procedure

tuttavia, soltanto quando trattasi di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza e non di altro tipo di trasporto,<sup>69</sup> ancorché il confine tra le diverse tipologie di attività risulti labile<sup>70</sup> e quando le convenzioni prevedono soltanto il mero rimborso delle spese.<sup>71</sup>

---

ad evidenza pubblica. Tuttavia, detta partecipazione rimane sempre e comunque antitetica rispetto alla corsia preferenziale identificabile nelle convenzioni che il d.lgs. n. 117/2017 stabilisce quali modalità proprie di affidamento di servizi a loro favore da parte della P.A. Ne consegue che l'art. 17, comma 1, lett. h) del d. lgs. n. 50/2016, il quale stabilisce che i "servizi di ambulanza", identificabili con il codice "CPV 85143000-3", rientrano tra i servizi che sono esclusi dalle disposizioni del Codice, non può essere interpretato alla stregua di un obbligo in capo alle stazioni appaltanti di esperire una procedura ad evidenza pubblica.

<sup>69</sup> Cfr, Consiglio di Stato, sez. III, 22 febbraio 2018, n. 1139. In quell'occasione, i giudici di Palazzo Spada hanno accolto il ricorso di una cooperativa sociale contro la sentenza del Tar Liguria (Genova, sez. II, sentenza n. 512 del 2017) che aveva riconosciuto la legittimità di un affidamento diretto di servizi di trasporto pazienti nell'ambito dei presidi e stabilimenti aziendali e trasporto materiali sanitari vari intra ed extra territorio aziendale a favore di alcune associazioni di volontariato. A giudizio della Sezione, il servizio in oggetto doveva essere ricondotto nella nozione di servizio esternalizzabile attraverso procedura ad evidenza pubblica non soltanto per l'importo superiore alle soglie comunitarie (€ 750.000), ma soprattutto perché non attiene ad un trasporto di soccorso, ma ad un trasporto di pazienti. In quanto servizio oggetto di procedura ad evidenza pubblica, il servizio di trasporti in oggetto – ha ribadito il Consiglio di Stato – rientra nella "competenza legislativa esclusiva dello Stato in materia di "tutela della concorrenza" e, quindi, oggetto delle disposizioni comunitarie e nazionali in materia di gare e non può invece essere annoverata tra le competenze regionali in materia di "tutela della salute". In argomento, si veda anche Tar Lombardia, sez. Quarta, sentenza del 24 gennaio 2023, n. 216, che ha ribadito quanto segue: a) la legge n. 381/1991, anche novellata dal d. lgs. n. 112/2017, rimane la normativa di riferimento per le cooperative sociali, di cui ne identifica due modelli; b) la medesima legge riconosce la facoltà alle P.A. di stipulare convenzioni in deroga alle procedure ordinarie di evidenza pubblica con le cooperative sociali di tipo b) per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi. A ciò si aggiunga che le P.A. potrebbero ricorrere anche all'art. 112, del Codice dei contratti pubblici, che stabilisce che "fatte salve le disposizioni vigenti in materia di cooperative sociali e di imprese sociali", le stazioni appaltanti possono riservare il diritto di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica (appalto e concessione) o possono riservare l'esecuzione ad operatori economici e a cooperative sociali e loro consorzi il cui scopo principale sia l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate; c) il trasporto sociale è identificabile quale prestazione di natura socio-sanitaria e come tale, considerando quest'ultima prestazione prevalente rispetto a quella del trasporto, rientra nel novero delle attività che possono essere svolte dalle cooperative sociali di tipo a).

<sup>70</sup> Sul punto, si è pronunciato il Tar Veneto che, con ordinanza del 18 giugno 2018, n. 643, ha rimesso alla Corte di giustizia dell'Unione europea la questione pregiudiziale relativa alla qualificazione dell'attività di trasporto sanitario, in un contesto normativo regionale in cui alla disciplina "speciale" degli affidamenti diretti sono assoggettate anche altre tipologie di trasporto sanitario. Il Tar del Veneto ha, dunque, rimesso alla valutazione dei giudici di Lussemburgo l'interpretazione delle previsioni di una legge regionale, da combinarsi, nell'attuale quadro normativo che disciplina il servizio di trasporto sanitario, con l'art. 57 del Codice del terzo settore.

<sup>71</sup> Sul punto, si veda Tar Puglia, Bari, sez. II, sentenza 11 gennaio 2019, n. 48. Nel caso di specie, una Asl regionale aveva pubblicato un bando che, ai sensi degli artt. 56 e 57, d. lgs. n. 117/2017, ammetteva al confronto concorrenziale soltanto associazioni di volontariato operanti nel settore dei servizi di trasporto sanitario, prevedendo a favore delle organizzazioni assegnatarie un rimborso forfettario e in capo alle medesime il rispetto della c.d. "clausola sociale". Per un approfondimento della figura del volontario e dei relativi profili giuslavoristici, si veda P. Bozzao, La soggettività

Alla luce del contesto giuridico sopra delineato, le aziende sanitarie regionali devono selezionare l'associazione di volontariato chiamata ad erogare il servizio, rispetto al quale la pubblica amministrazione deve monitorarne e verificarne la qualità e la quantità. In quest'ottica, l'amministrazione procedente deve individuare le specifiche necessità relative al territorio, indicarne le specificità organizzative, indicare i costi di riferimento, nonché determinarne le modalità di finanziamento. Nell'ambito di questo rapporto fondato sul principio della sussidiarietà appare elemento cruciale la capacità del fornitore di assicurare il livello qualitativo della prestazione, da un lato, e di sviluppare modalità innovative per rispondere al bisogno, dall'altro. In questo modo, l'organizzazione erogatrice potrà sviluppare autonomia e capacità di risposta in modo da promuovere un effettivo miglioramento del servizio. Quindi, se, da un lato, gli acquisti dei servizi nelle amministrazioni pubbliche aiutano l'ente pubblico a concentrarsi sulla sola regolamentazione del servizio e a ridurre i costi di produzione, dall'altro, le associazioni di volontariato, ancorché nell'alveo di rapporti convenzionali e non competitivi, considerando la finalità sociale collegata all'attività di trasporto sanitario, dovrebbero essere in grado di assicurare una spinta al miglioramento della qualità e dell'innovazione del servizio. Occorre, pertanto, rifarsi a schemi convenzionali che *contestualmente* agiscano sul fronte dell'offerta, attraverso la selezione del "miglior offerente", sia in termini di qualità che di affidamento istituzionale e sul fronte della domanda, ricorrendo a convenzioni che sappiano coniugare sostenibilità economica e *performances* sufficientemente in grado di essere tarate sui bisogni che emergono dalla società civile. In tal senso, le Regioni, nella loro autonomia decisionale, possono definire linee guida di indirizzo per gli enti del servizio sanitario, che, laddove ritenuto necessario ovvero opportuno, possono essere adeguatamente integrate e coordinate con le previsioni del diritto europeo.

## 5. Considerazioni finali

Sia a livello comunitario sia nell'ordinamento interno si può riconoscere all'attività di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza una valenza pubblicistica, dalla quale possono discendere forme di affidamento "preferenziali" rispetto alle regole del mercato.<sup>72</sup> In quest'ottica, riteniamo debba

---

giuridica degli enti del terzo settore: profili lavoristici, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), n. 22/2018, 21 novembre 2018, par. 6.1.

<sup>72</sup> Il Consiglio di Stato (ancora una volta) conferma la legittimità dell'art. 57 CTS – Cons. St. 249/2024

Con sentenza n. 249, pubblicata l'8 gennaio 2024, il Consiglio di Stato (sez. Terza), ha confermato quanto statuito dal Tar Campania, sez. Quinta, n. 3327/2023 (cfr. commento su questo sito) e ha, pertanto, ritenuto legittimo il convenzionamento diretto tra ASL e OdV nella gestione del servizio di trasporto sanitario. Il caso riguardava il trasporto sanitario non di emergenza e

---

urgenza, per il quale, secondo la ricorrente, avrebbe dovuto essere oggetto di procedura diversa da quella prevista dall'art. 57 del Codice del Terzo settore. Il Consiglio di Stato ha ribadito quanto segue:

1. l'art. 57 CTS non deve interpretarsi come circoscritto ai soli infermi;
2. l'automedica deve ascrivere al più ampio genus dei diversi mezzi attrezzati di ausilio al soccorso emergenziale;
3. le automediche sono, dunque, prettamente funzionali ad espletare il servizio di trasporto sanitario in situazioni di emergenza e urgenza;
4. si tratta di un'evidente connessione funzionale alle attività di soccorso che "spiega perché, contrariamente a quanto affermato nel ricorso, il soggetto trasportato a mezzo dell'automedica non debba essere necessariamente un infermo, ben potendo porsi la necessità che ad essere trasportato, in situazioni di emergenza e urgenza, per operare sul luogo di intervento, sia il personale sanitario (medico e infermiere) munito degli adeguati mezzi di soccorso";
5. diversamente opinando, il servizio sarebbe privato di mezzi di ultima generazione e di nuove tecnologie capaci di evitare il peggioramento delle condizioni del paziente posto che, come correttamente evidenziato dal primo giudice, l'automedica "per le dimensioni ridotte (...) è anche dotata di maggiore agilità che consente una più elevata rapidità di intervento e, per quando possibile in relazione alle peculiarità della situazione concreta, di rendere gli spostamenti dell'equipaggio indipendenti da quelli del paziente, che avvengono invece tramite ambulanza";
6. tra i servizi oggetto della deroga eurounitaria rientrano anche quelli identificati col CPV 75252000-7 (servizi di salvataggio e soccorso) i quali non postulano necessariamente il trasporto del paziente ma si connotano per la loro finalizzazione – appunto – al salvataggio delle persone bisognose di assistenza;
7. che gli stessi servizi di trasporto di pazienti in ambulanza (inclusi nel CPV 85143000-3) sono espressamente oggetto di una contro-eccezione già nel considerando 28 e nell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24/UE, la quale, come più volte chiarito dalla Corte di giustizia, lascia assoggettabili al regime derogatorio i soli servizi di trasporto di infermi in ambulanza connotati da "emergenza" e "urgenza" (secondo le coordinate interpretative correttamente richiamate nella sentenza appellata);
8. ne consegue che il regime derogatorio è ammesso anche per il trasporto con automedica quando "il servizio venga svolto in condizioni di emergenza e urgenza";
9. la procedura seguita non è stata "usata in modo surrettizio";
10. la scelta di ricorrere "in via prioritaria" al convenzionamento con le OdV è da considerarsi la "regola", della quale l'appalto precedente costituiva un'eccezione (e non un vincolo per le scelte successive dell'ASL), motivata specificamente dalla necessità di non interrompere la continuità del servizio;
11. non era, dunque, richiesta alcuna motivazione "rafforzata" in capo all'ASL per ricorrere all'art. 57 del Codice del Terzo settore;
12. la scelta dell'istituto giuridico del convenzionamento deve essere supportata (così come previsto dalle disposizioni e interpretazioni giurisprudenziali in sede europea) da ragioni di solidarietà sociale, che devono prevalere su "ogni considerazione di convenienza economica";
13. conseguentemente, non era necessaria alcuna comparazione "con i costi presumibili dell'opzione alternativa di ricorso al mercato";
14. i principi di solidarietà, universalità, efficienza, economicità e adeguatezza sottendevano l'ampiamiento del servizio a favore degli utenti-cittadini;
15. stabilire un tetto massimo alle spese rimborsabili costituisce "l'effettività" delle medesime, il che non significa che tutte sono per ciò riconoscibili, dovendo essere vagliate dall'ASL procedente;
16. la previsione del tetto massimo delle spese rimborsabili è conseguenza diretta della fase di programmazione delle risorse economiche che spetta all'amministrazione pubblica procedente;
17. la clausola sociale si può applicare anche alle OdV, in considerazione del fatto che tali ETS possono invero assumere, in parte, personale dipendente (oltre ai volontari), senza che ciò stravolga

essere letta e collocata la locuzione “in via prioritaria” utilizzata nell’art. 57 del Codice del terzo settore. L’estraneità dell’attività di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza dalla sfera delle procedure ad evidenza pubblica di natura competitiva appare coerente sia con la cornice giuridica eurolunitaria descritta nei paragrafi precedenti sia con la specifica forma giuridica e finalità perseguite dalle organizzazioni di volontariato, le quali non dovrebbero, pertanto, partecipare alle procedure selettive disposte per altri operatori economici. Sia la Direttiva 2014/24 sia il Codice del Terzo settore prevedono infatti per le associazioni di volontariato un’altra modalità di partecipare all’erogazione dell’attività di trasporto sanitario di emergenza e di urgenza, che deve ricondursi nell’alveo dei rapporti diretti tra pubblica amministrazione e soggetti non lucrativi di matrice collaborativa e non competitiva.

Tuttavia, le questioni pregiudiziali che recentemente i tribunali amministrativi hanno sottoposto alla valutazione della Corte di giustizia dell’Unione europea sembrano evidenziare una situazione fluida, nella quale la previsione dell’art. 57 non appare risultare pienamente vincolante per le stazioni appaltanti (regioni e aziende sanitarie locali), bensì una linea di indirizzo per gli enti del servizio sanitario nella scelta (discrezionale) della modalità di affidamento. A ciò si aggiunga che la tendenza a stabilire metodi di indennizzo dell’attività svolta che superano il semplice rimborso delle spese sostenute e documentate involve la necessità di “pesare” (anche) le componenti economico-finanziarie rispetto alla finalità solidaristica che le associazioni di volontariato assolvono. In quest’ottica, infatti, richiamando alcune decisioni della Corte di Lussemburgo, si può ritenere che il regime previsto dall’art. 57 del Codice del terzo settore sia applicabile anche agli affidamenti “sopra-soglia” comunitaria, possibile indice di un valore transfrontaliero certo dell’attività, la quale, conseguentemente, dovrebbe essere ricondotta nell’alveo del principio di concorrenza?

E ciò conduce inevitabilmente ad interrogarsi sulla portata dell’accreditamento e dell’iscrizione al Registro unico del terzo settore, requisiti che, alla luce di quanto sopra richiamato, potrebbero non costituire la *conditio sine qua non* per potersi procedere all’affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario. Si potrebbe affermare, dunque, che il Codice del terzo settore sia stato contaminato dal principio di concorrenza: il tenore letterale della disposizione

---

la natura giuridica di queste associazioni.

Avuto riguardo a quest’ultimo profilo, i giudici di Palazzo Spada concludono che l’inserimento nell’avviso della clausola sociale non disvela l’intento “fraudolento” dell’amministrazione procedente e, pertanto, il convenzionamento ex art. 57 non può considerarsi alla stregua di un appalto mascherato, in quanto l’assorbimento del personale da parte dell’OdV “avverrà in fase di esecuzione della convenzione” e attesa la natura “flessibile” della clausola sociale che non obbliga al riassorbimento di tutto il personale.

È indubbio che la sentenza de qua, complessa e articolata, evidenzia, da un lato, la piena legittimità del ricorso al convenzionamento ex art. 57 CTS e, dall’altro, comunque, la necessità di costruire avvisi che possano dimostrare il rispetto di quei principi fondamentali (e di presupposto) che soli giustificano il coinvolgimento delle OdV, in luogo dell’applicazione delle regole di mercato.

contenuta nell'art. 57, comma 1 deve lasciare intendere che anche nel caso delle convenzioni per il trasporto sanitario di emergenza e urgenza valga lo stesso principio richiamato per le convenzioni in senso generale? In altri termini, l'ente locale ovvero del servizio sanitario che deve operare una scelta in ordine all'affidamento del servizio di trasporto sanitario è chiamato a svolgere un confronto "competitivo" tra le diverse modalità giuridico-organizzative che l'ordinamento giuridico mette a disposizione, con particolare riferimento ai contenuti economici? Se così fosse, ne risulterebbe significativamente inficiato il principio di sussidiarietà ex art. 118, u.c. Cost., che ha inteso permeare gli artt. 55-57 del Codice del Terzo settore. L'art. 57 (così come l'art. 56 del Codice del terzo settore), attuando gli artt. 2 e 118 u.c. della Costituzione, atteso che in esso viene riconosciuto e promosso il ruolo dei soggetti non lucrativi che operano per scopi di utilità sociale e collettiva, ha riconosciuto la "priorità" per le organizzazioni di volontariato di essere coinvolte nell'erogazione dei servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza. Priorità che spetta alle amministrazioni precedenti valorizzare adeguatamente. In quest'ottica, le aziende sanitarie locali possono dotarsi di specifici regolamenti volti a disciplinare i rapporti con gli enti del terzo settore proprio in attuazione del Codice del terzo settore.



## STRUMENTI CONSENSUALI TRA P.A. ED ETS NEI SERVIZI SOCIOSANITARI: PROFILI GIURIDICI E NODI INTERPRETATIVI °

**Giovanna Capilli**

*Professoressa Ordinaria di Diritto privato  
Università Telematica San Raffaele Roma*

*Il saggio analizza i modelli collaborativi tra Pubblica Amministrazione ed Enti del Terzo Settore nei servizi socio-sanitari, con focus sul trasporto d'emergenza. L'indagine esamina il dualismo tra il Codice dei Contratti Pubblici e il Codice del Terzo Settore, approfondendo i concetti di sussidiarietà e amministrazione condivisa. Particolare attenzione è rivolta alle categorie giuridiche della non-onerosità e della non-sinallagmaticità come criteri di distinzione dall'appalto. Vengono discussi i limiti del rimborso spese "a piè di lista" per garantire la natura solidaristica ed extramercato delle prestazioni. Il contributo delinea infine un paradigma ibrido volto a conciliare l'efficienza amministrativa con la tutela dei diritti fondamentali.*

*This paper analyzes collaborative models between Public Administrations and Third Sector Entities in socio-health services, focusing specifically on emergency transport. It examines the regulatory dualism between the Public Procurement Code and the Third Sector Code, exploring principles of subsidiarity and shared administration. The study delves into the legal concepts of non-onerousness and non-synallagmaticity as key criteria for distinguishing these agreements from traditional public contracts. It discusses the strict requirements for "at-cost" reimbursements to ensure the solidarity-based, non-market nature of the services provided. Finally, the work defines a hybrid paradigm aimed at balancing administrative efficiency with the protection of fundamental rights.*

### **Sommario:**

1. Introduzione: modelli collaborativi nell'affidamento dei servizi socio-sanitari
2. Il quadro normativo europeo di riferimento
3. Il quadro normativo nazionale: tra Codice dei Contratti Pubblici e Codice del Terzo Settore
4. I caratteri della non-onerosità e non-sinallagmaticità nell'affidamento dei servizi sanitari
5. Non-onerosità e non-sinallagmaticità

---

° Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Introduzione: modelli collaborativi nell'affidamento dei servizi sociosanitari

Il Codice del Terzo settore (CTS), emanato con il d.lgs. n. 117 del 2017<sup>1</sup>, si colloca tra gli interventi normativi di maggior rilievo pubblicati negli ultimi dieci anni, avendo il pregio di conferire un assetto sistematico e coerente all'ambito delle attività di interesse generale svolte da soggetti privati senza scopo di lucro, ambito che nel tempo si era sviluppato sempre più progressivamente sia per operatività che per eterogeneità delle forme organizzative.

La riforma del 2017, nella sua impostazione complessiva, non si limita a disciplinare una pluralità di figure giuridiche, ma si propone uno scopo più ambizioso in quanto mira a conferire unità e razionalità a un settore che concorre in modo significativo alla realizzazione di finalità pubbliche, assumendo così una fisionomia sempre più rilevante nel quadro delle moderne relazioni tra Stato, mercato e società civile.

L'affidamento dei servizi socio-sanitari, tanto nelle situazioni connotate dall'urgenza quanto nella gestione ordinaria delle prestazioni, costituisce uno snodo essenziale dell'assetto pubblico della sanità, collocandosi in quell'area di confine in cui l'esigenza di assicurare la tutela effettiva di diritti fondamentali — primo tra tutti il diritto alla salute<sup>2</sup> — inevitabilmente si intreccia con l'osservanza delle regole, spesso complesse e stratificate, proprie della contrattualistica pubblica.

Cosicché l'Amministrazione deve necessariamente misurarsi con un bivio concettuale prima ancora che operativo: da un lato, l'opzione per i modelli di impronta concorrenziale, che trovano il proprio referente nel sistema delle procedure ad evidenza pubblica delineato dal Codice dei contratti pubblici<sup>3</sup>; dall'altro, la scelta di percorsi cooperativi, ispirati al principio di sussidiarietà, attraverso i quali si valorizza il concorso degli enti del Terzo settore e, più in generale, dei soggetti che condividono finalità di interesse generale.

Scegliere tra queste due impostazioni non è mera scelta di tecnica amministrativa, ma riflette una diversa concezione del rapporto tra pubblico e

---

<sup>1</sup> Per un commento al codice si veda ALPA – FLORIO (a cura di), *Codice del Terzo Settore, Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, Commentario per articoli*, Pacini, 2025; cfr. Alpa il quale evidenzia che nella “*delimitazione dei confini del Terzo settore continua tuttavia a mantenere una certa ambiguità: i c.d. enti non profit partecipano, come gli enti del primo settore, al perseguimento di fini non prettamente privatistici, ma prevalentemente di natura sociale, offrono servizi alla collettività o a settori della comunità che richiedono l'intervento pubblico e si pongono su di un piano collaterale, di sostegno e di complemento all'intervento pubblico, quando, in certi casi, addirittura non si trovano a supplire all'intervento pubblico che latita o è del tutto assente. D'altro canto, essi, per potersi mantenere e perseguire le loro finalità, debbono svolgere attività economiche anche se non sono prettamente dediti al profitto, e si trovano quindi sul mercato a competere con le imprese private*”.

<sup>2</sup> Rodotà considerava il diritto alla salute “*il più fondamentale dei diritti fondamentali*”.

<sup>3</sup> D.lgs. 36/2023 (Codice dei contratti pubblici) - emanato in attuazione delle direttive europee 2014/24/UE sugli appalti pubblici, la direttiva 2014/25/UE relativa ai settori speciali, la direttiva 2014/23/UE sui contratti di concessione.

privato nella cura dei bisogni collettivi che va ricostruita dogmaticamente in aderenza ai principi costituzionali tenendo conto delle esigenze di efficienza e responsabilità che gravano sull'azione amministrativa.

Con riferimento alla gestione dei servizi sociosanitari, la collaborazione tra Pubblica Amministrazione (P.A.) e Enti del Terzo Settore (ETS) si fonda, infatti, su strumenti giuridici che riflettono un'evoluzione del paradigma amministrativo tradizionale<sup>4</sup> e non sono riconducibili unicamente al modello contrattuale tipico dell'evidenza pubblica, in quanto si tratta di strumenti che si caratterizzano per forme di cooperazione fondate su logiche solidaristiche e partecipative<sup>5</sup>.

Il presente contributo si propone di esaminare con riferimento ai principali modelli collaborativi che l'ordinamento italiano offre quale alternativa alle tradizionali procedure ad evidenza pubblica gli aspetti in particolare della gratuità e della non sinallagmaticità<sup>6</sup>. L'indagine si concentra, segnatamente, su due figure: da un lato, le convenzioni dirette con le Organizzazioni di volontariato, disciplinate dal Codice del Terzo settore; dall'altro, i partenariati pubblico-pubblico con le Istituzioni Pubbliche di Assistenza e Beneficenza, regolati dal Codice dei contratti pubblici.

Si tratta di strumenti che, pur muovendosi al di fuori della logica concorrenziale, rispondono a presupposti distinti e presentano ambiti applicativi e implicazioni operative non sovrapponibili. Essi delineano, complessivamente considerati, un ventaglio di opzioni attraverso le quali l'Amministrazione può perseguire obiettivi di efficienza, economicità e coerenza con i principi solidaristici che permeano il settore dei servizi alla persona.

Per apprezzarne la struttura e comprenderne la portata sistematica, è necessario muovere da una ricognizione del quadro normativo di riferimento che trova le radici nelle legislazioni eurounitarie, le quali hanno progressivamente orientato la distinzione tra attività soggette al mercato e attività riconducibili alla sfera della cooperazione istituzionale; e che si riflette poi, con specifiche modulazioni, nel diritto interno.

---

<sup>4</sup> Sul tema ALBANESE, *La collaborazione fra enti pubblici e terzo settore nell'ambito dei servizi sociali: bilanci e prospettive*, in *Istituzioni del Federalismo* n. 3, 2022, 635 ss., la quale con riferimento all'art. 55 del CTS evidenzia come la norma non operi alcuna delimitazione di tipo soggettivo e pertanto si riferisce ad ogni tipologia di ETS; mentre gli artt. 56 e 57 del CTS riguardano i servizi sociali ed in particolare l'art. 56 disciplina le convenzioni che le pubbliche amministrazioni possono stipulare con le organizzazioni di volontariato (OdV) o con le associazioni di promozione sociale (APS) per il loro affidamento; l'art.57 si occupa dell'affidamento, riservato alle sole OdV, del trasporto sanitario di emergenza in ambulanza.

<sup>5</sup> PADOVANI, *Il trasporto sanitario e il ruolo delle Ipab tra codice del terzo settore, partenariato pubblico-pubblico e gara. L'esperienza della Regione Veneto*, in *federalismi.it*, n. 26/2023.

<sup>6</sup> Sul punto si veda anche Santuari, *I confini dei concetti di "gratuità" e "non onerosità" nei rapporti di collaborazione tra PA ed ETS, ...ed anche id, I rapporti giuridici cooperativi tra pubbliche amministrazioni e ETS/imprese sociali. Potenzialità e criticità*, in *Impresa Sociale* 4/2023, 21 ss.

## 2. Il quadro normativo di riferimento

La scelta tra modello competitivo e modello collaborativo da parte di qualsiasi amministrazione riflette la visione strategica dell'ente pubblico sulla modalità di erogazione dei servizi alla persona.

Dal punto di vista eurounitario si deve richiamare la Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici che rappresenta il fulcro della regolazione in materia e introduce una distinzione di rilievo tra il trasporto sanitario in regime di emergenza e quello ordinario<sup>7</sup>. La linea interpretativa seguita dal legislatore europeo valorizza, sin dalle premesse, la peculiare natura dei servizi connessi alla tutela della persona e alla gestione delle situazioni di urgenza<sup>8</sup>.

In tal senso, il considerando 28 assume una funzione chiarificatrice, poiché giustifica l'esclusione dall'ambito applicativo della direttiva di taluni servizi di emergenza espletati da organizzazioni prive di scopo di lucro, osservando come *«il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva»*. L'affermazione coglie un punto essenziale, vale a dire l'idea che l'applicazione rigida delle logiche concorrenziali rischierebbe di compromettere la natura solidaristica di tali soggetti.

Questa impostazione trova traduzione normativa nell'art. 10, lett. h), che esclude dalla disciplina armonizzata gli appalti relativi ai servizi di protezione civile e di prevenzione dei pericoli quando prestati da organizzazioni non profit. Tuttavia, la norma introduce una significativa eccezione: essa sottrae all'esclusione i “servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza”, determinando così un equilibrio peculiare tra regime derogatorio e disciplina generale. Il

---

<sup>7</sup> Il trasporto sanitario rientra nella categoria dei servizi di interesse generale (SIG) e come tali si collocano si collocano “*in una sorta di zona intermedia tra attività economiche, da gestire nell'ambito di un contesto competitivo, e attività non economiche, da gestire in funzione dell'interesse generale, in vista di obiettivi di coesione sociale o territoriale, di equità redistributiva, nonché di qualità dei servizi erogati*”: PADOVANI, cit.

<sup>8</sup> Il considerando 28 prevede che “La presente direttiva non dovrebbe applicarsi a taluni servizi di emergenza se effettuati da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, in quanto il carattere particolare di tali organizzazioni sarebbe difficile da preservare qualora i prestatori di servizi dovessero essere scelti secondo le procedure di cui alla presente direttiva. La loro esclusione, tuttavia, non dovrebbe essere estesa oltre lo stretto necessario. Si dovrebbe pertanto stabilire esplicitamente che i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza non dovrebbero essere esclusi. In tale contesto è inoltre necessario chiarire che nel gruppo 601 «Servizi di trasporto terrestre» del CPV non rientrano i servizi di ambulanza, reperibili nella classe 8514. Occorre pertanto precisare che i servizi identificati con il codice CPV 85143000-3, consistenti esclusivamente in servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza, dovrebbero essere soggetti al regime speciale previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici («regime alleggerito»). Di conseguenza, anche gli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale dovrebbero essere soggetti al regime alleggerito se il valore dei servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza fosse superiore al valore di altri servizi di ambulanza”.

trasporto sanitario, dunque, pur connotato da una funzione sociale primaria, non è integralmente svincolato dai meccanismi concorrenziali previsti dal diritto dell'Unione.

Quanto ai servizi di trasporto ordinario, la direttiva prefigura un regime “alleggerito” (artt. 74–77), giustificato dalla limitata rilevanza transfrontaliera e dalla particolare radicazione culturale e sociale che tali attività presentano nei diversi ordinamenti nazionali. Tale regime si configura come una zona intermedia: non una totale esclusione, ma un trattamento meno rigoroso rispetto alle procedure ordinarie.

Di rilievo, infine, è l'art. 77, che consente agli Stati membri di riservare l'aggiudicazione di determinati servizi sanitari e sociali a organizzazioni dotate di specifiche caratteristiche: assenza di scopo di lucro, reinvestimento degli utili nelle finalità statutarie, strutture di governance improntate a principi partecipativi. Si tratta di una scelta che riconosce esplicitamente il ruolo peculiare degli attori del Terzo settore nella realizzazione di compiti di interesse generale.

La direttiva del 2014, pertanto, prospetta un assetto che non è monolitico ed in cui accanto alla logica concorrenziale, che rimane la regola, si collocano eccezioni che trovano giustificazione nella natura intrinsecamente solidaristica di taluni servizi. Da ciò emerge un dualismo normativo che riflette, sul piano europeo, la tensione tra principio di concorrenza e principio di sussidiarietà, destinata a riverberarsi in modo significativo nelle discipline nazionali.

### **3. Il quadro normativo nazionale: tra Codice dei Contratti Pubblici e Codice del Terzo Settore**

L'ordinamento italiano ha recepito la disciplina europea articolandola in un sistema duale, nel quale al Codice dei contratti pubblici si affianca una normativa dedicata al Terzo settore, capace di introdurre un paradigma differente rispetto a quello eminentemente competitivo.

Il d.lgs. n. 50 del 2016 — e, in continuità, il d.lgs. n. 36 del 2023 — ha dato attuazione alla direttiva europea, prevedendo, per il trasporto sanitario in emergenza, un regime di sostanziale sottrazione alle regole ordinarie (art. 17 del previgente codice). Per il trasporto ordinario, invece, gli artt. 142 e 143 del d.lgs. n. 50/2016 — oggi trasfusi negli artt. 127 e 128 del nuovo codice — hanno delineato un “regime alleggerito”, che riproduce fedelmente la logica della direttiva e consente di riservare le procedure di affidamento a operatori non profit, riconoscendo la specificità dei servizi sociali e sanitari.

L'art. 6 del d.lgs. n. 36/2023 costituisce un punto di equilibrio tra la logica del mercato e la logica solidaristica. La disposizione, infatti, riconosce espressamente che la pubblica amministrazione, nel rispetto dei principi di solidarietà e sussidiarietà, può avvalersi di modelli di amministrazione condivisa con gli Enti

del Terzo Settore<sup>9</sup>.

Si tratta di modelli che, per loro natura, non presentano un rapporto sinallagmatico e che, proprio per questo, sono esclusi dal perimetro applicativo del Codice dei contratti pubblici, trovando la loro disciplina nel Titolo VII del Codice del Terzo settore.

L'evoluzione normativa, così ricostruita, non si limita a offrire soluzioni alternative alla gara, ma segna il passaggio verso una concezione partecipativa, nella quale pubblico e privato collaborano alla cura di interessi generali, condividendo finalità, responsabilità e – in una certa misura – la stessa titolarità della funzione pubblica.

#### **4. I caratteri della non-onerosità e non-sinallagmaticità nell'affidamento dei servizi sanitari**

Il convenzionamento diretto costituisce la manifestazione più compiuta del paradigma collaborativo nell'affidamento dei servizi di trasporto sanitario in emergenza e urgenza, che trova fondamento nel Codice del Terzo settore e si configura come strumento volto a valorizzare il principio di solidarietà e il contributo organizzato del volontariato, ponendosi in alternativa strutturale alle logiche del mercato e, in particolare, all'istituto dell'appalto, attraverso la "procedimentalizzazione dell'azione sussidiaria" mediante co-programmazione e co-progettazione<sup>10</sup> (art. 55 CTS<sup>11</sup>).

La natura non onerosa e la mancanza di un rapporto sinallagmatico ne segnano la distanza concettuale e funzionale rispetto alle ordinarie forme contrattuali utilizzate dalla pubblica amministrazione. Si tratta pertanto di una forma contrattuale che ha natura ibrida ma che si caratterizza per elementi peculiari specificati dalla legge.

Ed infatti, l'art. 57 del d.lgs. n. 117/2017, che rappresenta la norma cardine del sistema, prevede che i servizi di trasporto sanitario in emergenza e urgenza possano essere affidati in via prioritaria alle Organizzazioni di volontariato mediante convenzione. L'accesso a tale modalità cooperativa è subordinato al

---

<sup>9</sup> ARENA, *Introduzione all'amministrazione condivisa*, in Studi parlamentari e di politica costituzionale, n. 117-118/1997, pp. 29 ss

<sup>10</sup> SANCHINI, *Terzo settore, Costituzione e rapporti con i pubblici poteri*, in Commentario Alpa – Florio (a cura di), cit., 499 ss; in particolare l'autore effettua la seguente distinzione: "Con la co-programmazione, infatti, si individuano i bisogni da soddisfare, nonché gli interventi, le modalità e le risorse disponibili e necessarie alla loro realizzazione; con la co-progettazione, invece, si definiscono (ed eventualmente si realizzano) specifici progetti di servizio o intervento, volti alla soddisfazione dei bisogni prestabiliti a livello di programmazione".

<sup>11</sup> Su tale disposizione si è espressa anche la Corte costituzionale con la sentenza n. 131/2020. Esaminano l'impatto della pronuncia della Corte: FICI, GALLO, GIGLIONI (a cura di), I rapporti tra pubbliche amministrazioni ed enti del Terzo settore. Dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 131 del 2020, Napoli 2021.

rispetto di requisiti rigorosi: l'iscrizione da almeno sei mesi al Registro unico nazionale del Terzo settore; l'adesione a una rete associativa nazionale; il possesso dei titoli di accreditamento previsti dalla normativa regionale<sup>12</sup>.

La locuzione in via prioritaria ha dato luogo a un articolato dibattito, tanto in dottrina quanto in giurisprudenza. Essa non impone un obbligo assoluto alla pubblica amministrazione, bensì attribuisce una facoltà fondata su una presunzione legale: per le peculiarità del servizio, la collaborazione con le Organizzazioni di volontariato è ritenuta, in linea generale, più idonea a perseguire l'interesse pubblico. L'ANAC, con delibera n. 32/2016<sup>13</sup>, già prima del codice, aveva chiarito che la deroga all'evidenza pubblica è giustificata qualora il modello convenzionale consenta il soddisfacimento dei principi di universalità, solidarietà ed efficienza, senza tuttavia escludere la legittimità di soluzioni alternative.

Un contributo determinante è giunto dalla giurisprudenza europea. Con la sentenza del 7 luglio 2022, nelle cause riunite C-213/21 e C-214/21, la Corte di Giustizia ha fornito una definizione restrittiva della nozione di organizzazione "senza scopo di lucro", ai fini dell'esclusione dall'ambito della direttiva appalti (art. 10, lett. h). Tale qualifica ricorre soltanto quando l'ente non persegua alcun fine di lucro e non possa generare utili, nemmeno indirettamente, a favore dei propri membri. Ne sono, pertanto, escluse le cooperative sociali, anche se qualificate come imprese sociali, qualora sia loro consentita la distribuzione di utili — diretta o sotto forma di ristorni. Questa impostazione accentua la separazione concettuale tra volontariato "puro", di cui si occupa l'art. 57 CTS, e imprenditorialità sociale che rimane assoggettata a regole di mercato.

L'elemento economico è centrale per qualificare il rapporto ed è indubbia la natura non onerosa della convenzione. L'art. 57 richiama l'art. 56 CTS, che configura la convenzione come rapporto fondato esclusivamente sul rimborso delle spese documentate e sostenute dall'organizzazione. La norma esclude, quindi, in modo espresso qualsiasi forma di maggiorazione, accantonamento o ricarico: il rimborso non costituisce un corrispettivo, ma una misura di sostegno volta a garantire la sostenibilità dell'attività<sup>14</sup>.

Ne derivano due caratteristiche fondamentali e imprescindibili: l'assenza di sinallagma, poiché non vi è uno scambio tra una prestazione e un corrispettivo, ma una cooperazione per la realizzazione di una funzione pubblica; la gratuità sostanziale del rapporto, nel senso che all'ente non è riconosciuto alcun margine di

---

<sup>12</sup> SANCHINI, cit., 507 ss.

<sup>13</sup> Si tratta delle "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali" del 20.1.2016

<sup>14</sup> SANCHINI, cit., 507-508, il quale evidenzia come la norma sia il risultato di un percorso ermeneutico che si è sviluppato negli anni anche a livello di Corte di giustizia (v. in particolare la sentenza Spezzino 11.12.2014, C-113/13); ALBANESE, *La Corte di giustizia rimedita sul proprio orientamento in materia di affidamento diretto dei servizi sociali al volontariato (ma sembra avere paura del proprio coraggio)*, in Foro it., fasc. n. 3/2015, pp. 151 ss.

utile, essendo la logica quella della partecipazione solidaristica, non del profitto.

Questi elementi distinguono in modo netto la convenzione dal contratto d'appalto, tipicamente oneroso e strutturato attorno allo scambio sinallagmatico<sup>15</sup>.

## 5. Non-onerosità e non-sinallagmaticità

La giurisprudenza, sia europea che nazionale, ha tentato di qualificare le co-programmazioni, co-progettazioni e convenzioni attraverso le categorie della non-onerosità e non-sinallagmaticità. In tale prospettiva, l'assenza di un corrispettivo economico in senso proprio e la mancanza di un vincolo negoziale bilaterale paragonabile a quello contrattuale impedirebbero di ricondurre tali rapporti alla categoria degli appalti pubblici.

La casistica giurisprudenziale è piuttosto variegata e interessante. È stato ritenuto, per esempio, che “non è affetto da illegittimità, per violazione dell'art. 57 d.lg. 117/2017 (che ha introdotto una specifica procedura di affidamento di servizi di trasporto sanitario, di urgenza e di emergenza, in favore di organizzazioni di volontariato), il bando di gara per l'affidamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza 118, nella parte in cui prevede anche il servizio di assistenza con postazione di automedica. L'automedica, infatti, rientra nel più ampio genus dei mezzi di ausilio al soccorso emergenziale in quanto, pur non essendo impiegata esclusivamente per il trasporto di infermi, ha comunque la funzione di trasportare personale sanitario (medico e infermieristico), dotato di adeguati mezzi di soccorso, che interviene direttamente e tempestivamente sul luogo dell'emergenza, sicché, sotto questo profilo, è evidente il carattere funzionale e la stretta connessione del servizio di soccorso in emergenze e urgenza rispetto al trasporto con automedica”<sup>16</sup>.

Tuttavia, la ricostruzione sopra descritta in cui sostanzialmente il binomio onerosità/gratuità, che riflette la scelta a monte della pubblica amministrazione

---

<sup>15</sup> Occorre evidenziare che in tema la dimensione regionale è particolarmente rilevante; a tal proposito si vedano per esempio la legge regionale Molise n. 21/2022, la legge regionale Emilia – Romagna n. 3/2023, la legge regionale Piemonte n. 7/2024, legge regionale Umbria n. 2/2023.

<sup>16</sup> Consiglio di Stato sez. III, 08/01/2024, n.249, in *Rass. dir. farmaceutico* 2024, 2, 251, in particolare si legge nella motivazione che “è condivisibile la lettura della norma (e del relativo background euromunitario) nel senso della sufficienza delle ragioni di solidarietà sociale per giustificare la scelta del ricorso al modulo derogatorio di cui al citato articolo 57, in modo da prevalere su ogni considerazione di convenienza economica e - conseguentemente - escludere qualsivoglia obbligo di una previa comparazione con i costi presumibili dell'opzione alternativa di ricorso al mercato”..... “l'ipotesi che i tetti massimi celino, in realtà, il corrispettivo di un contratto di appalto di servizi rappresenta una pura illazione della parte appellante, come reso evidente dal fatto che la disciplina di gara prevede chiaramente che le spese saranno rimborsate esclusivamente “a piè di lista” e previo vaglio della documentazione prodotta dall'affidatario, laddove il tetto è stabilito unicamente per porre un limite massimo alle risorse erogabili dalla stazione appaltante per tali rimborsi; – d'altra parte - può ancora aggiungersi a quanto osservato dal T.A.R. -, nell'indire la procedura l'Amministrazione doveva pur sempre programmare e stanziare le risorse economiche da impiegare per il servizio in questione, e la previsione del tetto è servita appunto a questo scopo”.

tra un paradigma competitivo e uno collaborativo, non è esente da criticità.

È stato opportunamente osservato che la proclamata non-onerosità dei rapporti di collaborazione con gli enti del Terzo Settore rischia, in non pochi casi, di rivelarsi una qualificazione meramente formale e ciò in quanto le convenzioni recano frequentemente previsioni relative a rimborsi, contributi o ulteriori forme di sostegno economico che, pur non assumendo la veste del corrispettivo in senso tecnico, producono comunque effetti sul bilancio pubblico e inducono a interrogarsi, in una prospettiva sistematica, sulle ricadute in termini di concorrenza, trasparenza e controllo della spesa, nonché sulla qualifica di tali forme contrattuali.

Tuttavia, la giurisprudenza amministrativa<sup>17</sup> ha chiarito che “nell'ambito di un affidamento diretto in convenzione del servizio di trasporto sanitario di soccorso ed emergenza, il rimborso "a piè di lista" non costituisce una "overcompensation" della prestazione offerta e non muta la sostanza dell'affidamento e dell'assenza di utili, tenuto conto che tutti costi, variabili, fissi e durevoli nel tempo sono perfettamente ammissibili e che proprio il rimborso "a piè di lista" consente di garantire "l'effettività" delle spese ammesse, non significando, ovviamente, che tutte le spese richieste siano per ciò solo riconoscibili, dovendo comunque superare, in maniera congiunta, il vaglio astratto di ammissibilità e il vaglio concreto di effettività”.

In sostanza, la gratuità sarebbe assolutamente garantita dalla circostanza che deve trattarsi di costi (e di spese) documentati, rendicontati ed effettivamente sostenuti, oltre che imputabili al periodo di affidamento. Conseguentemente restano evidentemente escluse, ad esempio, tutte le spese "a forfait", e, in particolare, il rimborso forfettario delle spese sostenute dai volontari, secondo la previsione dell'articolo 17, comma 3, del Codice (che non sono spese "effettive").

Il Consiglio di Stato<sup>18</sup> ha chiarito che la gratuità, che consente l'affidamento selettivo riservato ad enti non profit, deve essere intesa tenendo presente che “lo svolgimento di un servizio in assenza di corrispettivo non pone in radice problemi di distorsione della concorrenza in quanto (e nei limiti in cui) si risolve in un fenomeno non economico, ossia strutturalmente al di fuori delle logiche di mercato perché incapace di essere auto-sufficiente mediante la copertura dei costi con i ricavi. In tal caso la gratuità assume due significati: sotto un primo profilo, la creazione di ricchezza tramite il lavoro del prestatore di servizi non remunerato dal profitto; sotto un secondo profilo il sostenimento eventuale di costi senza rimborso né remunerazione, a puro scopo di solidarietà sociale (evenienza tipica delle associazioni di volontariato, cfr art. 17 del codice del terzo settore). In tali

---

<sup>17</sup> T.A.R. Napoli, (Campania) sez. V, 01/04/2021, n.2227 che ha statuito che “*La deroga al principio di concorrenza, conseguente al favor attribuito alle associazioni di volontariato riservatarie degli affidamenti del servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza in convenzione, non consegue affatto all'esclusione di qualsivoglia corrispettivo, ma piuttosto dall'assenza di «utili» e dalla sostanziale natura di «rimborso» dei previsti corrispettivi*”.

<sup>18</sup> Consiglio di Stato sez. VI - 07/08/2024, n. 7020

casi si realizza la corretta fattispecie della gratuità, vale a dire un aumento patrimoniale di un soggetto, in questo caso la collettività, cui corrisponde una sola e mera diminuzione patrimoniale di altro soggetto, cioè il depauperamento del capitale lavoro o del patrimonio del prestatore. Per questa linea, la effettiva gratuità si risolve contenutisticamente in non economicità del servizio poiché gestito, sotto un profilo di comparazione di costi e benefici, necessariamente in perdita per il prestatore. Di conseguenza, esso non è reso dal mercato, anzi è fuori del mercato. Viceversa, la gratuità si risolverebbe, addirittura, in concorrenza sleale nei confronti degli imprenditori che in ipotesi dessero vita a un mercato di tali servizi”.

Cosicché “solo il rimborso spese a piè di lista che, in particolare, escluda la remunerazione, anche in maniera indiretta, di tutti i fattori produttivi e comprenda unicamente le documentate spese vive, correnti e non di investimento, incontrate dall'ente, consente di affermare la gratuità della prestazione del servizio e, dunque, di postulare la estraneità all'ambito del Codice dei contratti pubblici”<sup>19</sup>.

Perché possa dirsi integrata la condizione della gratuità, è necessario accertare – con rigore non solo formale, ma sostanziale – l'assoluta mancanza di qualsivoglia flusso remuneratorio a carico dell'amministrazione affidante. Nessuna voce, comunque denominata, né alcun meccanismo economico o contabile, anche mediato o indiretto, può tradursi in un vantaggio patrimoniale per il personale volontario, dipendente o dirigente dell'ente affidatario. Debbono, pertanto, escludersi non soltanto forme forfetarie di rimborso, ma anche erogazioni a fondo perduto, contributi in conto capitale, finanziamenti o acquisti che possano, in qualunque modo, incidere sui fattori produttivi impiegati dall'organizzazione.

---

<sup>19</sup> Cfr. Consiglio di Stato sez. VI, 07/08/2024, (ud. 08/05/2024, dep. 07/08/2024), n.7020 che in motivazione ha specificato nel caso di specie si constata che “ *il Comune di Massa è tenuto, in base alla convenzione stipulata (cfr. doc. 15, convenzione, art. 6, prodotta in appello dal Comune di Massa), al rimborso, sia pure a piè di lista, di ogni e qualsiasi spesa sostenuta dalla aggiudicataria per il suo funzionamento: in base alla convenzione è dunque previsto tutto il rimborso dei costi diretti sostenuti per l'esecuzione dell'attività nonché costi indiretti, come spese per acquisto materiali, polizze assicurative RCO e RCT, polizze infortuni per gli utenti, assicurazioni di responsabilità civile verso terzi, spese "per il personale dipendente, per il personale docente e collaboratori, nei termini previsti dalla normativa vigente", delle spese sostenute dai volontari impiegati nel servizio e altre spese generali inequivocabilmente riconducibili al servizio; figurano, quindi spese per stampa e affissione di manifesti, per pulizia straordinaria e ordinaria, toner, risme di carta, il consulente del lavoro; tra i cedolini di paga prodotti dal Comune di Massa ne figura no anche di intestati alla signora Marina Pala, che è la Presidente della Associazione.... In conclusione, alla luce dei principi sopra richiamati in materia di "gratuità" del servizio, il Collegio ritiene che il Comune avrebbe dovuto, da una parte, svolgere una specifica istruttoria finalizzata ad accertare la convenienza del tipo di affidamento prescelto rispetto all'affidamento all'esito di una procedura aperta; d'altra parte avrebbe dovuto accertarsi, sia mediante opportune prescrizioni del bando che attraverso una specifica attività istruttoria, che il servizio fosse svolto in maniera tale da escludere che l'Associazione potesse ottenere la copertura completa dei costi dell'attività svolta, oltre che dei suoi costi generali: ciò per la ragione che, solo in presenza di una parziale non copertura dei costi diretti ascrivibili alla attività oggetto della convenzione, questa risulta non economica e fuori mercato, perciò giustificandosi la deroga dagli obblighi discendenti dal Codice dei contratti pubblici”.*

La totale assenza di interventi pubblici idonei a ripianare i costi sostenuti dall'ente, così come l'inesistenza di incrementi patrimoniali, ancorché destinati allo svolgimento del servizio, costituiscono indici rivelatori della oggettiva carenza del requisito dell'economicità. Ne discende la qualificazione dell'attività quale servizio non economico di interesse generale, con conseguente sottrazione dell'affidamento all'ambito applicativo del Codice dei contratti pubblici.

Secondo l'orientamento elaborato dal Consiglio di Stato, la distinzione tra gratuità e onerosità – così come delineata – risponde all'esigenza, avvertita anche in sede eurolunitaria, di prevenire un utilizzo distorto dell'affidamento ad enti non profit. In tal senso si colloca l'avvertimento della Corte di Giustizia nella sentenza C-50/2016, ove si sottolinea come tali affidamenti debbano concorrere alla razionalizzazione della spesa pubblica e al mantenimento dell'efficienza complessiva del sistema, nonché come le associazioni di volontariato possano avvalersi di personale dipendente soltanto nei limiti strettamente necessari al loro ordinario funzionamento.

Più problematica appare, invece, la categoria della non-sinallagmaticità, spesso evocata per distinguere tali strumenti dagli schemi negoziali tipici. Essa, infatti, non esclude che tra le parti si instaurino obblighi reciproci, responsabilità operative e aspettative di risultato, specialmente quando gli enti del Terzo Settore sono chiamati a svolgere funzioni di interesse generale in modo continuativo, organizzato e talvolta sostitutivo rispetto all'amministrazione.

In tale quadro, si avverte l'esigenza di una riflessione più avvertita e coerente sulla natura giuridica di questi strumenti. Una riflessione che, tuttavia, deve andare oltre l'alternativa dicotomica tra appalto e non-appalto, ma deve porre in luce il carattere intrinsecamente ibrido e collaborativo delle relazioni tra pubblica amministrazione ed enti del Terzo Settore che non si colloca né pienamente nella sfera pubblica né esclusivamente in quella privatistica, ma rappresenta una forma di collaborazione istituzionalizzata al servizio dell'interesse generale.



## L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA DI TRASPORTO SANITARIO IN TOSCANA<sup>°</sup>

**Elena Francesca Cillo**

*Borsista di ricerca del Progetto THE- Tuscany Health Eco-system,  
Spoke 10 - Population Health*

*Il contributo esamina l'evoluzione del sistema di trasporto sanitario nella Regione Toscana, con particolare riferimento al ruolo delle organizzazioni di volontariato e al rapporto tra modelli di affidamento diretto e i principi di concorrenza imposti dall'Unione europea. Dopo aver ricostruito il quadro normativo nazionale e regionale toscano, nonché la nozione di servizi di trasporto sanitario, l'analisi si sofferma sulle critiche sollevate dalla Corte di Giustizia nella celebre causa C-119/06. In un secondo tempo l'elaborato approfondisce la riforma del sistema di trasporto sanitario toscano introdotta con la legge reg. n. 70/2010 proprio in risposta alla citata sentenza europea. Lo studio analizza quindi la conformità del nuovo modello toscano rispetto a quanto criticato dalla CGUE, anche alla luce della più recente giurisprudenza europea e dei nuovi strumenti di economia sociale. In conclusione, il lavoro valuta la riconducibilità dell'attuale assetto toscano all'art. 57 del Codice del Terzo Settore, mettendo in luce le tensioni tra la valorizzazione del non profit e l'esigenza di garantire trasparenza e concorrenza.*

*The paper examines the evolution of the healthcare transport system in the Tuscany Region, with particular attention to the role of voluntary organizations and to the relationship between direct awarding mechanisms and the competition principles imposed by the European Union. After reconstructing the national and Tuscan legal framework, as well as the legal notion of healthcare transport services, the analysis focuses on the criticisms raised by the Court of Justice in the landmark case C-119/06. It then explores in greater depth the reform of the Tuscan healthcare transport system introduced by Regional Law No. 70/2010, adopted in direct response to that European judgment. The study subsequently assesses the compliance of the new Tuscan model with the concerns expressed by the CJEU, also in light of more recent European case law and the emergence of new social economy instruments. In conclusion, the paper evaluates whether the current Tuscan framework can be brought within the scope of Article 57 of the Third Sector Code, highlighting the tensions between the promotion of the non-profit sector and the need to ensure transparency and fair competition.*

### **Sommario:**

1. Cenni introduttivi
2. Il *non profit* e le organizzazioni di volontariato nel quadro normativo italiano
3. I servizi di trasporto sanitario e le difficoltà interpretative ed applicative
4. L'evoluzione del sistema regionale toscano in materia di trasporto sanitario
  - 4.1. Il sistema toscano prima della censura europea: l'affidamento mediante convenzione
  - 4.2. Segue. L'accordo-quadro del 2004
  - 4.3. Il caso: Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana
  - 4.4. La legge di riforma, l. reg. Toscana n. 70/2010
5. Dal rigore alla valorizzazione del *non profit*: l'apertura internazionale ed europea al Terzo Settore
  - 5.1. L'evoluzione giurisprudenziale dell'Unione europea
  - 5.2. I nuovi strumenti di economia sociale
6. Il sistema toscano nei confini dell'art. 57 CTS: una qualificazione possibile?
  - 6.1. I requisiti della convenzione ex art. 57 CTS
  - 6.2. Dalla norma al caso di specie
7. Conclusioni

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Cenni introduttivi

La Toscana è da sempre stata caratterizzata da una tradizione fortemente sociale, in virtù della quale i soggetti *non profit* hanno giocato un ruolo chiave ed indispensabile nell'erogazione di servizi alla persona. Questa integrazione pubblico-privato sociale è ancor più evidente nel sistema sanitario regionale toscano e, ancor più, nel sistema di trasporto sanitario, settori nei quali il *non profit* è grandemente coinvolto sia nell'organizzazione che nell'erogazione di queste attività.

Come si vedrà più approfonditamente, tutto ciò ha portato alla cristallizzazione di un sistema nel quale i servizi di trasporto sanitario venivano affidati in via diretta ad alcune – specifiche – organizzazioni di volontariato (OdV) operanti sul territorio, proprio in ragione del rapporto fiduciario che con gli anni si era sviluppato tra queste e l'amministrazione regionale. Tale sistema è stato, tuttavia, parzialmente censurato da una decisione della Corte di Giustizia UE (Corte giust., Terza Sezione, 29 novembre 2007, causa C-119/06, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*) che ha messo in evidenza la parziale incompatibilità del modello toscano con le regole di trasparenza e concorrenza del mercato unico europeo. Di conseguenza, la Regione Toscana ha modificato parzialmente la disciplina del suo sistema sanitario, pur cercando di mantenere, a tutti i costi, il suo carattere “solidale e *non profit*”. Ciononostante, la nuova “rotta” intrapresa dalla Regione non ha pienamente sopito dubbi e perplessità, lasciando ancora domande aperte rispetto ad una sua vera e propria conformazione al diritto europeo. Interrogativi – è doveroso evidenziare – che sono dovuti anche alla complessità di un diritto (quello europeo) in costante evoluzione, essendo l'affidamento dei servizi alla persona un ambito di estrema delicatezza poiché caratterizzato dalla difficoltà di ricercare un equilibrio tra esigenze ed identità nazionali, da un lato, e assimilazione ed omogeneità europea, dall'altro.

Per comprendere a pieno il processo evolutivo della normativa toscana in materia di servizio di trasporto sanitario e i tentativi regionali di conformarsi al diritto europeo (*infra*, par. 4), è bene soffermarsi preliminarmente sul terreno normativo di partenza (*infra*, par. 2 e par. 3) per poi passare ad un'analisi della più recente giurisprudenza UE, alla luce della quale è possibile dare una diversa interpretazione del sistema toscano attualmente in vigore (*infra*, par. 5). In ultimo, pare opportuno domandarsi se l'attuale sistema di affidamento dei trasporti sanitari della Regione Toscana possa rientrare nelle forme della convenzione disciplinata dall'art. 57, Codice del Terzo Settore<sup>1</sup> (*infra*, par. 6), strumento introdotto dal legislatore nazionale proprio con l'obiettivo di recepire il principio di solidarietà – ben perseguito dal Terzo Settore – che, di recente, anche la menzionata giurisprudenza della Corte giust. ha valorizzato.

---

<sup>1</sup> d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117 *Codice del Terzo Settore*.

## 2. Il *non profit* e le organizzazioni di volontariato nel quadro normativo italiano

Gli enti *non profit*, tra cui soprattutto le organizzazioni di volontariato, hanno da sempre giocato un ruolo chiave nella erogazione di servizi alla persona in Italia. A livello nazionale la l. 11 agosto 1991, n. 266 *Legge-quadro sul volontariato* (oggi abrogata e sostituita dal Codice del Terzo Settore), che definiva i rapporti tra P.a. ed enti di volontariato, aveva contribuito a dare maggior visibilità alle OdV e agli enti senza scopo di lucro. La legge in oggetto, riconoscendo la funzione di solidarietà, partecipazione e pluralismo del volontariato (art. 1, comma 1), ne promuoveva l'impiego per il conseguimento di finalità sociali, civili e culturali individuate da Stato, regioni, province autonome ed enti locali<sup>2</sup>. Nel disciplinare i rapporti tra soggetti pubblici e organizzazioni di volontariato, l'art. 7 della l. n. 266/1991 prevedeva la possibilità di stipulare convenzioni, strumento che nella prassi ha costituito per anni il principale mezzo di affidamento di alcuni servizi sociali alle OdV, specialmente nell'ambito dei servizi socio-sanitari. Un preminente rilievo ai soggetti *non profit* nel campo sociale è, poi, stato conferito dalla l. 8 agosto 2000, n. 328 *Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*, ai sensi della quale Stato, regioni ed enti locali sono chiamati a riconoscere ed agevolare il ruolo dei soggetti sopra richiamati (art. 1, comma 4).

Effettivamente, proprio in ragione della importanza e della centralità che la legge del 1991 riconosceva agli enti di volontariato, si era registrata una tendenza costante da parte della giurisprudenza nazionale a riconoscere l'incompatibilità tra enti *non profit* (del volontariato in particolare) e le regole di evidenza pubblica. Ciò perché l'art. 2 della l. n. 266/1991 prevedeva, per lo svolgimento delle attività di volontariato, l'impiego di personale non retribuito (appunto i volontari). Secondo i giudici interni, tale gratuità avrebbe compromesso una concorrenza equa a danno degli altri operatori economici, sicché si era reso necessario escludere le OdV dalle classiche regole d'appalto<sup>3</sup>, giustificando, invece, l'affidamento diretto per via convenzionale.

Sul lato del diritto sanitario, la l. 23 dicembre 1978, n. 833 *Istituzione del servizio sanitario nazionale* riconosce le associazioni di volontariato tra i soggetti che concorrono ai fini istituzionali del servizio sanitario nazionale (art. 1). La legge dedica loro un intero articolo (art. 45), ai sensi del quale i rapporti con le unità sanitarie locali vengono regolati da apposite convenzioni nell'ambito della

---

<sup>2</sup> l. n. 266/1991, art. 1, comma 1.

<sup>3</sup> ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, in *Mumus*, n. 1, 2012, 115 ss., vedi 131, in particolar modo la nota 29: T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 18 aprile 2005 n. 1043; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 31 marzo 2016 n. 1604; T.A.R. Piemonte, Torino, sez. II, 12 giugno 2006 n. 2323; T.A.R. Veneto, sez. I, 13 novembre 2004 n. 481; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 14 marzo 2003 n. 459; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 2 aprile 2007 n. 3021; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 2 luglio 2007 n. 6411; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 31 marzo 2008 n. 1666; Cons. St., sez. V, 10 maggio 2005 n. 2345.

programmazione e legislazione sanitaria regionale.<sup>4</sup> Un secondo articolo (art. 75) attribuisce alle associazioni di volontariato la possibilità di svolgere compiti di organizzazione e disimpegno su piano nazionale del pronto soccorso e del trasporto degli infermi e degli infortunati con i propri servizi a gestione diretta,<sup>5</sup> sulla base di convenzioni da stipularsi con le unità sanitarie locali interessate.

Secondo alcuni autori il settore sanitario è stato il primo dove si è veramente sperimentata una collaborazione diretta tra amministrazione e volontariato.<sup>6</sup> Una collaborazione e una partecipazione che hanno trovato ancora più integrazione nei servizi di trasporto sanitario.

### 3. I servizi di trasporto sanitario e le difficoltà interpretative ed applicative

Regolamentato dalle varie normative regionali e, più recentemente anche dal Codice del Terzo Settore (art. 57), il servizio di trasporto sanitario è il settore in cui è previsto l'affidamento diretto da parte della P.a. ad enti *non profit*<sup>7</sup> e, prevalentemente, organizzazioni di volontariato. Nondimeno, il tema delle forme di affidamento di questi servizi è ben lontano dall'essere privo di contraddizioni, perplessità e controversie. Infatti, si tenga conto che, facendo parte della categoria dei servizi di interesse generale, i servizi di trasporto sanitario si posizionano in una terra di mezzo tra attività economiche, che dunque richiederebbero l'adeguamento a regole di concorrenza, e attività non economiche, trainate da valori di solidarietà<sup>8</sup>. Si tratta, inoltre, di una categoria composta sia da prestazioni rientranti nel gruppo delle attività di trasporto in senso stretto, sia da prestazioni più propriamente sanitarie<sup>9</sup>.

A tutto ciò si aggiunge la complessità legata alle sottocategorie del trasporto sanitario ordinario e del trasporto sanitario emergenza-urgenza e alla dubbia distinzione tra ciò che rientra nell'una e nell'altra<sup>10</sup>. La rilevanza di tale bipartizione è dovuta alla differente disciplina di affidamento applicabile, sul

---

<sup>4</sup> SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di giustizia e del Giudice amministrativo: il problematico contenimento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *Federalismi.it*, n. 9, 2016, 4.

<sup>5</sup> Di cui all'art. 2, lett. b), d.lgs. del Capo Provvisorio dello Stato del 13 novembre 1947, n. 1256 *Compiti dell'Associazione italiana della Croce Rossa in tempo di pace*.

<sup>6</sup> DI PIETRO, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario delle associazioni di volontariato: l'evoluzione dell'istituto alla luce delle politiche europee di coesione*, in G. COLOMBINI e al. (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione, Coesione, sostenibilità e finanziamenti*, Vol. II, Editoriale Scientifica, Napoli, 2019, 1159.

<sup>7</sup> ID, 1162.

<sup>8</sup> PADOVANI, *Il trasporto sanitario e il ruolo delle Ipa tra codice del terzo settore, partenariato pubblico-pubblico e gara. L'esperienza della Regione Veneto*, in *Federalismi.it*, n. 36, 2023, 203.

<sup>9</sup> ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, cit., 121.

<sup>10</sup> CIOLI, *L'affidamento del servizio di trasporto sanitario nella più recente giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea*, in *Iamus*, n. 25, 2022, nota 13.

cui punto è bene soffermarsi. In linea teorica, il trasporto ordinario risponde alle regole di evidenza pubblica, dal momento che ricomprende situazioni nelle quali il “rapporto umano” con il paziente è minimo, trattandosi spesso di trasporto di farmaci, organi e non malati<sup>11</sup>. La *ratio* sarebbe quella per cui la componente economica del servizio prevale su quella sociale e solidale, ovvero quella che al contrario giustificerebbe un affidamento diretto alle OdV<sup>12</sup>. Per i servizi di emergenza-urgenza, invece, viene lasciata maggior discrezionalità agli Stati membri dal momento che i principi della concorrenza non operano.

La distinzione di regime di cui si è appena detto viene ricollegata a quanto previsto dalle attuali fonti normative in materia di appalti, ovvero la direttiva 2014/24/UE<sup>13</sup> e il Codice dei Contratti Pubblici<sup>14</sup>. Ai sensi del suo considerando n. 28, la direttiva 2014/24/UE non trova applicazione per taluni servizi di emergenza erogati da organizzazioni ed associazioni senza scopo di lucro, tra i quali rientrano i servizi di ambulanza<sup>15</sup>. Tuttavia, lungi dal ricadere in una eccessiva estensione, il testo normativo specifica che la deroga non trova spazio per quei servizi che consistono in mero trasporto di pazienti in ambulanza. Al contrario, questi ultimi dovrebbero essere soggetti – insieme agli appalti misti per la prestazione di servizi di ambulanza in generale – al regime c.d. alleggerito previsto per i servizi sociali e altri servizi specifici, di cui agli artt. 74 e 77 della direttiva<sup>16</sup>. Conformemente a quanto detto, anche l’art. 10, lett. h) della direttiva enuncia l’esclusione dal proprio campo di applicazione di una serie di servizi forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, salvo i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza. Di riflesso, il Codice dei contratti pubblici riprende l’approccio europeo al suo art. 56 (“Appalti esclusi nei settori ordinari”), ai sensi del quale le regole degli appalti pubblici non operano negli affidamenti ai servizi di ambulanza, esclusi, però, i servizi di trasporto dei pazienti in ambulanza<sup>17</sup>. Questi, infatti, come identificati dall’allegato XIV della direttiva UE, rientrano nella disciplina del regime alleggerito ex art. 128, Codice dei Contratti Pubblici.

Nonostante queste chiare premesse, la prassi applicativa si rivela più complessa della previsione di diritto positivo. Infatti, non essendovi una definizione precisa delle due categorie di trasporto sanitario, i confini tra

---

<sup>11</sup> ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, cit., 133.

<sup>12</sup> PADOVANI, *Il trasporto sanitario e il ruolo delle Ipab tra codice del terzo settore, partenariato pubblico-pubblico e gara. L’esperienza della Regione Veneto*, cit., 203-206.

<sup>13</sup> dir. 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE.

<sup>14</sup> d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36 *Codice dei contratti pubblici in attuazione dell’articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante delega al Governo in materia di contratti pubblici*.

<sup>15</sup> Identificati nella direttiva e nel suo Allegato XIV con il codice 85143000-3.

<sup>16</sup> Parimenti, il considerando n. 117 sancisce che alcuni servizi, quali quelli di soccorso, dovrebbero rispondere al regime alleggerito in caso di valore superiore alla soglia comunitaria di 750.000 Euro.

<sup>17</sup> d.lgs. 36/2023, art. 56, lett. n).

queste si rivelano molto labili, potendo creare difficoltà a livello nazionale sul regime di affidamento di corretta applicazione. In via più ampia, i servizi di emergenza urgenza sono servizi che richiedono un intervento di immediata rapidità o perché il paziente si trova in uno stato di imminente pericolo per la propria vita (emergenza) o ancora perché la mancata assistenza comporterebbe un peggioramento nella sua situazione (urgenza)<sup>18</sup>. Tale qualificazione si riflette sul servizio di trasporto sanitario di emergenza-urgenza. Per utilizzare le parole dell’Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC), il trasporto di emergenza comprende tutte quelle situazioni che necessitino «*di una prestazione sanitaria rapida e immediata a causa di un imminente pericolo di vita*»<sup>19</sup>. Viceversa, il trasporto di urgenza designa situazioni caratterizzate dall’indifferibilità della prestazione sanitaria, senza la quale le condizioni del paziente diventerebbero critiche e siano comunque tali da richiedere l’assistenza di personale sanitario capace di effettuare il primo soccorso<sup>20</sup>. La stessa Autorità proponeva, poi, di ricomprendere nella categoria in parola anche i trasporti finalizzati al trapianto di organi, alla trasfusione di sangue o emoderivati, alla somministrazione di farmaci e antidoti indispensabili a salvaguardare le fondamentali funzioni vitali dei pazienti<sup>21</sup>. Dall’altro lato, invece, per i servizi di trasporto sanitario ordinario non esiste una definizione precisa, sicché si considera ordinario tutto ciò che, in via residuale, non presenta i caratteri dell’urgenza ed emergenza.

È bene dar conto che anche la giurisprudenza UE ha contribuito a dare maggior chiarezza sulla distinzione tra le forme di trasporto, o meglio, ha permesso di ampliare le forme di trasporto emergenziale. Il caso *Falck* (Corte giust., Terza Sezione, 21 marzo 2019, causa C-465/17, *Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S c. Stadt Solingen*) ha assunto particolare rilievo sotto questo aspetto. La domanda alla base del ricorso era se l’applicazione delle regole della direttiva 2014/24/UE ai servizi di trasporto in ambulanza erogati da organizzazioni e associazioni *non profit* fosse limitata al trasporto di un paziente in ambulanza senza alcuna assistenza medica o se comprendesse anche il c.d. trasporto sanitario qualificato ovvero quello effettuato con l’assistenza di un soccorritore sanitario. In definitiva, la Corte statuiva che rientrano nella deroga, e pertanto sono esclusi dalle regole concorrenziali, il trasporto di emergenza fornito con un veicolo di soccorso da parte di un

---

<sup>18</sup> Cantiere Terzo Settore, *Il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, Come procedere all’affidamento di tali servizi alle organizzazioni di volontariato*, 4 febbraio 2022, disponibile su: <https://www.cantiereterzosettore.it/il-servizio-di-trasporto-sanitario-di-emergenza-e-urgenza/>.

<sup>19</sup> ANAC, *Schema di linee guida recanti “Indicazioni in materia di affidamenti di servizi sociali”*, 1 ottobre 2021, disponibile su: <https://www.anticorruzione.it/-/schema-di-linee-guida-recanti-%C2%ABindicazioni-in-materia-di-affidamenti-di-servizi-sociali%C2%BB?inheritRedirect=true&redirect=%2Fconsultazioni-online>, 4, p.to 2.2.2.

<sup>20</sup> ID, 4, p.to 2.2.3.

<sup>21</sup> ID, 4, p.to 2.2.4.

paramedico o soccorritore sanitario, nonché il c.d. trasporto in ambulanza qualificato, che presuppone l'assistenza da parte di un soccorritore sanitario coadiuvato da un aiuto soccorritore, laddove effettuato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante il trasporto<sup>22</sup>.

Ad ogni modo, anche in ragione delle problematiche sin qui esposte, l'affidamento dei servizi di trasporto sanitario ha rappresentato – e rappresenta ancora – un tema caldo per la Regione Toscana, che si è vista coinvolta in prima persona nella causa C-119/06 con la quale il suo sistema di convenzionamento ininterrotto alle OdV locali è stato portato all'attenzione della Corte di Giustizia UE.

#### **4. L'evoluzione del sistema regionale toscano in materia di trasporto sanitario**

I giudici sovranazionali, rilevando delle criticità nel modello toscano di affidamento diretto del trasporto sanitario, spingevano la Regione ad un tentativo di riforma della propria normativa sul sistema sanitario regionale, portandola ad adottare delle novità che daranno maggior visibilità e riconoscimento ai soggetti di volontariato, senza però risolvere completamente le criticità evidenziate dalla Corte di Lussemburgo.

##### **4.1. Il sistema toscano prima della censura europea: l'affidamento mediante convenzione**

Come già premesso, in Toscana, gli enti di volontariato hanno sempre giocato un ruolo attivo nella programmazione ed erogazione di servizi di interesse pubblico (non solo, dunque, in ambito sanitario). Ad integrazione della normativa nazionale volta a dare rilievo e centralità al *non profit*, di cui si è parlato, la Regione Toscana si dotava di ulteriori strumenti normativi che evidenziavano la rilevanza e partecipazione delle OdV in alcuni particolari settori, principalmente in ragione della loro attitudine ad individuare l'interesse generale sul territorio.

Così, la l. reg. 26 aprile 1993, n. 28 *Norme relative ai rapporti delle organizzazioni di volontariato con la Regione, gli Enti locali e gli altri Enti pubblici*<sup>23</sup> riconosceva alla

---

<sup>22</sup> Corte giust., *Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S c. Stadt Solingen*, cit., pto 62, n. 1.

<sup>23</sup> Abrogata dall'art. 21, comma 1, lett. a), l. reg. 22 luglio 2020, n. 65 *Norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano*, che ha integrato nel sistema toscano gli effetti della revisione organica al Terzo settore, attuata dal Codice del Terzo Settore. Oggi i principi di valorizzazione e promozione del ruolo dei soggetti di volontariato vengono ripresi dalla l. reg. n. 65/2020 nella quale vengono affiancati ed equiparanti, nel trattamento, agli enti del Terzo Settore e

Regione e ai suoi enti pubblici e locali la possibilità di stipulare convenzioni con le organizzazioni di volontariato, iscritte in apposito registro, affinché queste erogassero prestazioni – anche integrative di quelle erogate dai servizi pubblici – che contribuissero alla realizzazione di programmi di interesse regionale e locale (art. 10). Tutto ciò avveniva grazie alla creazione di un registro regionale presso il quale le organizzazioni, in possesso dei requisiti previsti per svolgere attività di volontariato, potevano iscriversi (art. 4).

La legge stilava dei criteri prioritari nella scelta degli enti con cui stipulare la convenzione, consistenti, ai sensi dell'art. 12, nella qualificazione del personale volontario in relazione alle prestazioni da erogare, la presenza della sede dell'organizzazione nell'ambito territoriale dell'amministrazione, la rilevante prevalenza di volontari rispetto a personale dipendente o convenzionato in relazione all'attività da erogare e, infine, la continuità di presenza degli operatori così da garantire un adeguato svolgimento dell'attività. In virtù dell'art. 2, costituivano attività di volontariato quelle prestate, in modo personale, spontaneo e gratuito, esclusivamente per fini di solidarietà, attraverso prestazioni volte al raggiungimento delle finalità di interesse generale, nonché alla prevenzione e rimozione di situazioni di bisogno della persona umana e della collettività o, ancora, per servizi di rilevante interesse sociale.

Questo preminente ruolo degli enti di volontariato nelle attività di programmazione, indirizzo e coordinamento si mantiene centrale e costante anche nel quadro sanitario. Aspetto che si ritrova sia nella originaria l. reg. 24 febbraio 2005, n. 40 *Disciplina del servizio sanitario regionale*, sia nella sua più recente versione, così come modificata nel 2010<sup>24</sup> e successive modifiche<sup>25</sup>. Ai sensi della normativa regionale, la partecipazione dei soggetti di volontariato – cui la l. reg. n. 40/2005 affianca anche le associazioni di tutela e promozione sociale, le cooperative sociali e gli altri soggetti del Terzo Settore – si estende principalmente su due piani. Da un lato, quello antico della programmazione su spettro generale delle politiche regionali in alcuni settori a forte carattere sociale (art. 15, l. reg. n. 40/2005), come appunto già affermato dalla l. reg. n. 28/1993. Dall'altro, sul piano della partecipazione e consultazione delle associazioni di volontariato con specifico riguardo all'ambito sanitario: ai sensi dell'art. 21, l. reg. n. 40/2005, infatti, nella pianificazione del piano integrato di salute (PIS) deve essere garantita la consultazione con le associazioni di volontariato al fine di coordinare le politiche socio-sanitarie con quelle locali in

---

alle altre formazioni sociali che perseguono finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale, senza fine di lucro.

<sup>24</sup> l. reg. 30 dicembre 2010, n. 70 *Modifiche alla legge regionale 24 febbraio 2005, n. 40 (Disciplina del servizio sanitario regionale) ed alla legge regionale 22 maggio 2001, n. 25 (Disciplina delle autorizzazioni e della vigilanza sull'attività di trasporto sanitario) in tema di riorganizzazione del sistema sanitario di emergenza urgenza.*

<sup>25</sup> ROSSI, *La partecipazione degli enti privati all'organizzazione dei servizi socio-sanitari in Toscana*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 3, 2016, 816-818.

grado di incidere in materia<sup>26</sup>. Al fianco della partecipazione alla programmazione delle politiche sanitarie, le organizzazioni di volontariato, godono di un posto di privilegio anche rispetto alla stessa erogazione dei servizi socio-sanitari. A tal riguardo, l'art. 17, comma 1, della normativa nella sua versione del 2005, riconosceva la convenzione quale strumento per la regolazione dei rapporti con le associazioni di volontariato operanti nel servizio sanitario. Nella versione odierna della legge sanitaria la convenzione rimane lo strumento per la regolamentazione di tali rapporti, con l'eccezione del sistema sanitario di emergenza urgenza<sup>27</sup> per il quale è previsto un capo di legge dedicato<sup>28</sup> che si limita a disciplinare le regole per l'autorizzazione ad effettuare servizi di trasporto sanitario, dal momento che, come si vedrà *infra*, la convenzione non costituisce più lo strumento di definizione dell'affidamento (*infra*, par. 4.4.).

Addentrandosi ancor più nella disciplina (toscana) del servizio di trasporto sanitario, il riferimento normativo era quello della l. reg. 22 maggio 2001, n. 23 *Disciplina delle autorizzazioni e della vigilanza sull'attività di trasporto sanitario*<sup>29</sup>. La l. reg. n. 23/2001 regolava l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di trasporto sanitario mediante autoambulanze, definendo le tipologie di trasporto (art. 1), nonché le modalità con le quali ottenere l'autorizzazione a svolgere detto esercizio (art. 2)<sup>30</sup>.

In poche parole, anche in questo campo si confermava la convenzione quale strumento di affidamento, in linea con quanto disposto dalla l. n. 833/1978, l. n. 266/1991 e l. reg. n. 28/1993. Ciò si deduce da una lettura dell'art. 3, l. reg. n. 23/2001, a titolo del quale l'assenza dell'autorizzazione ostava alla stipula, o eventuale rinnovo, della convenzione per il trasporto sanitario con la P.a. (comma 3). I menzionati riferimenti normativi si ponevano, dunque, a fondamento del sistema decennale di affidamento dei servizi di trasporto sanitario vigente in Toscana, basato su convenzioni stipulate con organizzazioni di volontariato operanti sul territorio.

---

<sup>26</sup> ID, 818.

<sup>27</sup> Oggi l'art. 17 recita: "*I rapporti fra le associazioni di volontariato, le cui attività concorrono con le finalità del servizio sanitario regionale ed il servizio sanitario medesimo, ad eccezione di quanto disposto dalla presente legge in materia di sistema sanitario di emergenza urgenza, sono regolati da apposite convenzioni, in conformità con quanto disposto dalle normative nazionali e regionali vigenti*".

<sup>28</sup> ROSSI, *La partecipazione degli enti privati all'organizzazione dei servizi socio-sanitari in Toscana*, cit., 819-820.

<sup>29</sup> Abrogata dall'art. 16, comma 1, lett. a) della l. reg. 30 dicembre 2019, n. 83 *Disciplina delle autorizzazioni e della vigilanza sull'attività di trasporto sanitario*.

<sup>30</sup> Ai sensi dell'art. 1 la disciplina di cui alla l. reg. n. 25/2001 trovava applicazione per le ambulanze che effettuavano i seguenti tipi di trasporto: "*a) trasporto sanitario di soccorso e rianimazione mediante autoambulanza di tipo A, con carrozzeria definita "autoambulanza di soccorso"; b) trasporto sanitario di soccorso e di rianimazione, mediante autoambulanza di tipo A1, con carrozzeria definita "autoambulanza di soccorso per le emergenze speciali"; c) trasporto sanitario di primo soccorso ed ordinario da espletare mediante autoambulanza di tipo B, con carrozzeria definita "autoambulanza di trasporto"*".

Per altro verso, invece, la l. reg. n. 40/2005, che seppur, come visto, prevedeva la convenzione come forma di affidamento dei servizi sanitari in senso lato, non prevedeva disposizioni specifiche per il trasporto sanitario, limitandosi ad annoverarlo, all'art. 74, tra i luoghi (diversi dai presidi di cui all'art. 72) nei quali le prestazioni del servizio sanitario possono essere erogate. Tale assetto, come vedremo tra poco, è stato completamente modificato con la riforma del 2010.

#### 4.2. Segue. L'accordo-quadro del 2004

Seppur non espressamente previsto dalla versione del 2005, anche il servizio di trasporto sanitario veniva affidato mediante convenzione (come appunto disposto, in via generale, dall'art. 17, comma 1, per la disciplina dei rapporti tra P.a. ed associazioni di volontariato operanti nel settore sanitario). Al fine di garantire maggiore omogeneità tra le amministrazioni locali nella stipula e nel contenuto delle convenzioni in materia, con deliberazione n. 379 del 19 aprile 2004, la Giunta Regionale Toscana approvava l'accordo-quadro regionale volto a disciplinare i rapporti tra le associazioni di volontariato e la Croce Rossa Italiana (CRI), da un lato, e le Aziende Unità Sanitarie Locali ed Ospedaliere (AUSL) presenti sul territorio e la Regione Toscana, dall'altro, nell'ambito della gestione dei servizi di trasporto sanitario<sup>31</sup>. L'accordo-quadro, ai sensi del suo art. 37, avrebbe dovuto avere durata quinquennale, con decorrenza dal 1 gennaio 2004 fino al 31 dicembre 2008. In realtà, la validità del testo normativo sarebbe poi stata prorogata fino al 31 dicembre 2009, ovvero fino all'adozione della nuova legge regionale in materia, l. reg. n. 70/2010<sup>32</sup> e – per quanto è dato ricavare da documenti più recenti – esso continua a rappresentare la base normativa utilizzata per disciplinare i rapporti tra le ASL e le associazioni di volontariato che svolgono attività di trasporto sanitario.<sup>33</sup>

Ai sensi dell'art. 1, comma 1, dell'accordo-quadro i trasporti sanitari comprendono l'intervento sanitario territoriale di emergenza-urgenza, i trasporti ordinari, i trasporti di dispositivi ed ausili medici, il trasporto di sangue, plasma e campioni da analizzare, i trasporti di organi e relative *equipes*, il

---

<sup>31</sup> *Accordo quadro regionale per la regolamentazione dei rapporti tra le Aziende Unità Sanitaria Locali ed Ospedaliere e le Associazioni del Volontariato e la Croce Rossa Italiana per lo svolgimento dell'attività di trasporto sanitario.*

<sup>32</sup> A dire della Giunta, tale proroga era giustificata dalla necessità di adottare, al più presto, una nuova disciplina di gestione dei trasporti sanitari (per conformarsi a quanto stabilito dalla Corte giust. nella sentenza *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*), la cui complessità della materia non avrebbe permesso l'adozione di un nuovo sistema in tempo conforme all'imminente scadenza dell'accordo quadro del 2004. Vedi Giunta Regionale Regione Toscana, *Estratto dal verbale della seduta del 21-12-2009 (p.to 44), Delibera N. 1209 del 21-12-2009.*

<sup>33</sup> Si veda, ad esempio, Azienda USL Toscana centro, *Procedura Aziendale Gestione dei trasporti sanitari ordinari*, PA.DS.10, 29 aprile 2022, che nel regolamentare le singole tipologie, le modalità prescrittive e le modalità di effettuazione dei trasporti sanitari fa riferimento all'accordo quadro del 2004, quale normativa regionale vigente in materia.

trasporto di salme in obitorio laddove delegate alle AUSL, nonché il servizio degli automezzi di soccorso avanzato (automediche) ed altri servizi di trasporto sanitario che avrebbero potuto essere in seguito definiti da appositi protocolli concordati al tavolo regionale. L'accordo precisa che questi ultimi, se non gestiti direttamente dalle Aziende Sanitarie, sarebbero stati erogati dalla CRI e dalle associazioni di volontariato in possesso di attrezzature e personale idonei (art. 1, comma 2). Ai sensi dell'art. 2, i soggetti legittimati a partecipare all'erogazione di servizi di trasporto sono: la Confederazione Nazionale delle Misericordie, l'Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze (ANPAS), per le associazioni che vi aderivano e risultano iscritte da almeno sei mesi nel registro regionale previsto dall'art. 6, l. n. 266/1991, ed il Comitato regionale della CRI. Viene, inoltre, richiesto che tali enti abbiano domandato il convenzionamento per le attività oggetto dell'accordo, ad eccezione di coloro che già risultavano convenzionate ai sensi del precedente accordo-quadro.

È rilevante sottolineare che lo strumento normativo di cui si parla definisce e disciplina sia il trasporto sanitario ordinario (Titolo IV) sia il trasporto di emergenza-urgenza (Titolo V).

Quanto al primo, vengono specificate le tipologie di mezzi con i quali questo deve essere svolto, ma soprattutto viene fornito un elenco, anche se non esaustivo, delle attività di trasporto ordinario, a carico del servizio sanitario regionale, che potevano essere oggetto di convenzione (art. 12, comma 1)<sup>34</sup>. Al di là dei trasporti ordinari menzionati al primo comma, il comma 6 dell'art. 12 precisa che il trasporto sanitario ordinario non contemplato dall'articolo rimane a carico del paziente e non del servizio sanitario regionale, alludendo, dunque, al fatto che si tratti di una categoria aperta. Per di più il successivo art. 13, fa ricadere sotto i servizi di trasporto ordinario, oggetto di convenzione, il trasporto di dispositivi ed ausili medici, campioni da analizzare, ecc.; trasporti interaziendali di campioni di sangue per l'esecuzione dei test di amplificazione genomica; trasporti per trapianti d'organo; trasferimento di salme in obitorio.

Per quanto riguarda la categoria del trasporto di emergenza-urgenza, il Titolo V si mantiene piuttosto generico, limitandosi a definire gli interventi sanitari di emergenza quali quegli interventi effettuati in favore di soggetti che siano stati coinvolti in incidenti di qualsiasi natura o che presentino, comunque, condizioni di particolare gravità tali da richiedere un intervento di primo soccorso sul luogo

---

<sup>34</sup> Alcune delle tipologie menzionate dall'art. 12, sono: ricoveri in struttura pubblica o privata convenzionata da domicilio; dimissioni da struttura pubblica o privata convenzionata verso il domicilio; trasferimenti tra strutture pubbliche o private convenzionate; trasporto degenti nelle strutture pubbliche o private convenzionate per visite specialistiche, esami diagnostici e/o trattamenti terapeutici singoli, non eseguibili nella struttura di degenza; trasporti da domicilio a struttura pubblica o privata convenzionata per visite specialistiche, esami diagnostici e/o trattamenti terapeutici singoli; trasporto da domicilio a struttura pubblica o privata convenzionata per trattamenti di dialisi o per trattamenti per pazienti affetti da morbo di Hansen; trasporti da domicilio a struttura pubblica o privata convenzionata per cicli di chemio e/o radio, anche in regime di day-hospital.

dell'evento, nonché l'assistenza durante l'eventuale trasporto verso il presidio ospedaliero, così da permettere il mantenimento delle funzioni vitali ed evitare, per quanto possibile, danni irreversibili (art. 20, comma 1). I successivi artt. 21 e 22 fanno rientrare nel Titolo V anche i trasferimenti assistiti, ossia trasporti secondari per i quali è necessaria la presenza di personale sanitario per via della particolare gravità delle condizioni del trasportato (art. 21), e il trasporto protetto neonatale per le cui modalità di svolgimento viene prescritta l'adozione di un accordo di intesa (art. 22).

Al fianco del contenuto e dell'ambito applicativo del convenzionamento, l'accordo-quadro struttura anche un sistema di rimborso dei costi sostenuti dagli enti di volontariato durante l'erogazione delle prestazioni in questione, aspetto che ha subito modifiche.

Nel testo originario dell'accordo, dal momento che il trasportato deve ricevere gratuitamente gli interventi effettuati dalle OdV convenzionate (art. 7, comma 1), le spese da queste sostenute venivano rimborsate dalle AUSL, cui afferiva la Centrale Operativa di attivazione del servizio o comunque (in alcuni casi di servizio di trasporto ordinario) con la quale l'ente erogatore che aveva effettuato il servizio intratteneva la convenzione. Per ottenere il rimborso, le associazioni erano tenute a documentare i servizi di trasporto effettuati, conformemente a precise modalità, dettagliate all'art. 16, per i servizi di trasporto ordinario, e all'art. 23, per il trasporto di emergenza-urgenza. Tuttavia, come disposto dall'art. 24, il rimborso non avveniva sulla base di quanto rendicontato dall'ente, ma secondo una quantificazione già calcolata per ogni anno di validità dell'accordo-quadro (dunque dal 2004 al 2008) e contenuta in tabelle che, allegata all'accordo e costituendone parte integrante, non potevano essere oggetto di modifica, se non previo accordo della Giunta Regionale. La liquidazione secondo tali somme forfettarie veniva fatta dall'Azienda Sanitaria competente per le prestazioni oggetto di rimborso. L'accordo in realtà prevedeva l'obbligo, da parte di almeno una associazione locale rappresentativa della Misericordia, una dell'ANPAS e un Comitato locale della CRI, di rendicontare al tavolo regionale le spese effettivamente sostenute per le attività di trasporto prestate nel primo anno di vigenza del testo normativo. Tale rendicontazione, però, non aveva valore o effetti ai fini del *quantum* realmente rimborsato. Al contrario, l'obiettivo era semplicemente quello di permettere alla Giunta di valutare la corrispondenza tra rimborsi spese predefiniti nell'accordo e quanto concretamente sostenuto dagli enti erogatori al fine di valutare una futura estensione progressiva della rendicontazione in sostituzione dei rimborsi spese (art. 25).

Ebbene, proprio le modalità di rimborso sin qui descritte sono state oggetto di censura da parte della Corte europea.

### 4.3. Il caso: Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana

Preliminarmente è bene precisare che l'orientamento dell'Unione europea rispetto alle regole applicabili all'affidamento di servizi a soggetti *non profit* non è sempre stato costante, ma è invece mutato nel tempo. Inizialmente, infatti, la Corte, trovatasi a statuire più volte proprio sul tema dei servizi di trasporto sanitario, si era pronunciata in favore della loro esclusione dalle regole concorrenziali del mercato unico europeo. In un importante caso giudiziario del 1997, che aveva avuto ad oggetto una normativa regionale (la legge della Regione Lombardia) che prevedeva il solo rimborso dei costi connessi alla prestazione di servizi socio-assistenziali a rilevanza sanitaria a favore di un operatore che non perseguiva scopi di lucro, la Corte aveva affermato che tale operatore non svolgeva attività di rilevanza economica e non occupava una posizione sul mercato tale da influire sul commercio tra Stati membri. Motivo per il quale le regole europee sul mercato comune non necessariamente dovevano trovare applicazione<sup>35</sup>. Con il tempo, però, questa deroga veniva temperata: la Commissione europea già nel 2001 specificava che l'esclusione dei servizi alla persona dal mercato unico europeo non operava in via assoluta, ma al contrario le norme sulla concorrenza ritrovavano applicazione laddove gli operatori si fossero impegnati in attività economiche, seppur l'applicazione dovesse essere temperata *“nel rispetto in particolare dell'ambiente sociale e culturale nel quale tali attività sono esercitate”*<sup>36</sup>. Nel celebre caso *Ambulanz*, i giudici di Lussemburgo affermavano proprio che le modalità di affidamento dei servizi sociali non devono determinarsi alla luce di un criterio soggettivo, ovvero basato su *chi* presta il servizio, bensì secondo le *modalità* con cui questo viene fornito. Ne deriva che un qualsiasi ente che presti un'attività sostanzialmente economica (ovvero consistente in uno scambio di beni e servizi sul mercato) rientra nella nozione di impresa, a prescindere dal proprio *status* giuridico e dalle modalità di finanziamento<sup>37</sup>.

È nel contesto di questa fase di evoluzione giurisprudenziale che si pone il caso in esame. Dacché i giudici sovranazionali, conformandosi a questa corrente, statuivano che la forma giuridica del soggetto affidatario – nella fattispecie le organizzazioni di volontariato operanti in Toscana per il trasporto d'urgenza e il

---

<sup>35</sup> Corte giust., 17 giugno 1997, causa C-70/95, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA e Anni Azzurri Rezzato Srl c. Regione Lombardia*, pti 45-49.

<sup>36</sup> Commissione Europea, *Comunicazione della Commissione 2001/C 17/04 della Commissione europea del 19 gennaio 2001 relativa ai servizi d'interesse generale in Europa*, pto 30.

<sup>37</sup> *“E' vero che taluni obblighi di servizio pubblico possono rendere i servizi forniti da una data organizzazione sanitaria meno competitivi degli analoghi servizi effettuati da altri operatori non vincolati da tali obblighi, ma tale circostanza non può impedire che le attività di cui trattasi siano considerate attività economiche.”*

*Ne consegue che, per quanto riguarda la fornitura di servizi di trasporto d'urgenza e di trasporto di malati, entità come le organizzazioni sanitarie devono essere qualificate imprese ai sensi delle norme di concorrenza previste dal Trattato.”* (Corte giust., Quinta sez., 25 ottobre 2001, causa C-475/99, *Ambulanz Glöckner contro Landkreis Südwestpfalz*, punti 20-21).

trasporto di malati – non era sufficiente per escluderle dalla nozione di impresa ed esonerarle dalle regole di evidenza pubblica<sup>38</sup>. Nel caso di specie, la questione da dirimere era se l'affidamento diretto dei servizi di trasporto sanitario alle associazioni di volontariato e alla CRI, secondo le modalità previste dall'accordo-quadro del 2004, costituisse un contratto a titolo oneroso tale da imporre il rispetto delle regole d'appalto. Infatti, ai sensi della vecchia regolamentazione europea in materia d'appalti, la direttiva 92/50/CEE (vigente all'epoca del contenzioso sotto analisi), l'appalto è un contratto a titolo oneroso, stipulato in forma scritta tra un prestatore di servizi e un'amministrazione aggiudicatrice (art. 1, direttiva 92/50/CEE). Ne consegue che nel caso in cui l'erogatore del servizio venga retribuito contro un corrispettivo, si parlerà di appalto, in caso contrario, ovvero laddove dovessero essere unicamente rimborsate le spese sostenute, la direttiva non troverà applicazione, non trattandosi di appalto<sup>39</sup>.

Di fatto il ricorso veniva dichiarato infondato dal momento che la Commissione aveva mancato di fornire gli elementi di prova quanto al valore dell'appalto controverso, così impedendo alla Corte di apprezzare nel concreto se i servizi attribuiti mediante accordo-quadro, rientranti nell'allegato IIB della direttiva 92/50/CEE, avessero valore superiore a quello dei servizi di cui all'allegato IIA, caso in cui la direttiva in oggetto avrebbe previsto l'applicazione delle regole di evidenza pubblica. Ciononostante, l'inammissibilità non ha impedito ai giudici di esprimere le proprie perplessità sulla normativa toscana, anzi precisando che il carattere non lucrativo delle associazioni operanti nella regione non le esclude dalla nozione di appalti di pubblici servizi e dal rispetto delle relative regole<sup>40</sup>. A fondamento delle conclusioni dei giudici vi era proprio l'aspetto del rimborso fisso delle spese sostenute ai sensi dell'accordo-quadro del 2004: gli importi dei rimborsi venivano fissati in forma preventiva e forfettaria nelle tabelle allegate all'accordo, motivo per cui non poteva parlarsi di mero rimborso delle spese sostenute<sup>41</sup>. Al contrario, l'accordo così come strutturato prevedeva di fatto una contropartita alle prestazioni erogate<sup>42</sup>, costituendo, quindi, un contratto d'appalto in quanto concluso a titolo oneroso<sup>43</sup>. In breve,

<sup>38</sup> Corte giust., *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, cit., p.ti 37-40.

<sup>39</sup> ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, cit., 126.

<sup>40</sup> Corte giust., *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, cit., p.ti 40-41.

<sup>41</sup> “*se è vero che il lavoro delle persone che effettuano i trasporti sanitari in parola non è retribuito, risulta nondimeno dagli elementi sottoposti alla Corte che i pagamenti previsti dalle pubbliche autorità interessate superano il semplice rimborso delle spese sostenute per fornire i servizi di trasporto sanitario controversi. Tali importi vengono fissati preventivamente e forfettariamente, sulla base di tabelle allegate all'accordo quadro del 2004. Il sistema descritto in tali tabelle prevede il pagamento di una somma fissa per la messa a disposizione (detta «stand-by») di un autoveicolo destinato agli interventi, di somme calcolate in funzione dei tempi di sosta segnalati nel corso delle attività di trasporto, di una somma fissa per i trasporti che non superano i 25 km e di importi addizionali per ogni chilometro supplementare.*” (Corte giust., *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, cit., p.to 48).

<sup>42</sup> Corte giust., *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, cit., p.to 50.

<sup>43</sup> Corte giust., *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, cit., p.ti 51-52.

dunque, dal momento che i rimborsi previsti dall'accordo-quadro toscano non erano quantificati sulla base delle prestazioni effettivamente erogate, ma venivano corrisposti in via forfettaria e preventiva, dovevano essere equiparati a forme di retribuzione tariffaria.

#### **4.4. La legge di riforma, l. reg. Toscana n. 70/2010**

Nel tentativo di adeguare il sistema di trasporto sanitario alle riserve sollevate dalla Corte di Lussemburgo nella pronuncia del 2007, la Regione Toscana procedeva a riformare la legge regionale sanitaria l. reg. n. 40/2005, per mezzo delle modifiche adottate con la l. reg. n. 70/2010, la cui più grande novità è stata quella di aver inserito nella previgente legge del 2005 un intero capo ("Capo II bis") all'interno del Titolo VI su "Presidi e prestazioni".

Come precisato dal Rapporto sulla legislazione 2010-2011, la nuova legge interveniva con il preciso intento di salvaguardare il ruolo storicamente consolidato del volontariato nel sistema di trasporto sanitario, elevandolo e riconoscendolo formalmente quale soggetto necessario per l'organizzazione del trasporto di emergenza urgenza<sup>44</sup>. In effetti, dal nuovo Capo II bis – diversamente dalla versione normativa precedente - ben emerge la rilevanza del ruolo occupato dalle OdV nel sistema toscano e la loro indispensabilità nell'erogazione di dette prestazioni, tanto da volerle espressamente includere, al fianco della P.a., nell'organizzazione dei servizi in parola (e non, quindi, solo nella loro erogazione)<sup>45</sup>. Ecco allora che, essendo l'obiettivo della riorganizzazione del sistema di emergenza-urgenza volto a migliorarne i livelli di efficacia ed efficienza, il legislatore ha voluto fornire una definizione del sistema sanitario di emergenza-urgenza, istituire degli appositi organismi che realizzino una piena integrazione delle associazioni all'interno del sistema stesso e, infine, definire un sistema budgetario che tenga conto dei diversi livelli di attività e del fabbisogno sanitario<sup>46</sup>.

Così l'art. 76 *ter*, di nuova introduzione<sup>47</sup>, scompone il sistema sanitario di emergenza urgenza in tre pilastri: a) un sistema di allarme sanitario; b) un sistema territoriale di soccorso; c) un sistema ospedaliero di emergenza. Lo stesso articolo specifica di seguito (comma 3) che il sistema territoriale di soccorso è gestito dalle aziende unità sanitarie locali, dai comitati della Croce

---

<sup>44</sup> BELMONTE, *Politiche sanitarie e sociali*, in *Rapporto sulla legislazione aprile 2010 – dicembre 2011*, Direzione di Area, Assistenza legislativa, giuridica e istituzionale Consiglio Regionale Regione Toscana (a cura di), gennaio 2012, 44.

<sup>45</sup> ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, cit., 148-149.

<sup>46</sup> Considerando n. 5, l. reg. n. 70/2010.

<sup>47</sup> Ai soli fini di chiarezza espositiva, i riferimenti normativi qui di seguito sono effettuati al testo vigente, successivo anche alle modifiche intervenute dopo il 2010, che tuttavia non hanno inciso sull'impianto delineato con la riforma del 2010, tuttora costituente il nucleo essenziale della disciplina.

Rossa, dalle associazioni di volontariato iscritte nell'elenco di cui all'art. 76 *quinquies*<sup>48</sup> ed, infine, dagli organismi rappresentativi delle associazioni di volontariato e dal Comitato regionale della CRI. Muovendo al trasporto sanitario di emergenza-urgenza territoriale, l'art. 76 *quater* prevede che questo venga svolto dalle associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 76 *quinquies* e che si possa articolare in tre forme di attività: a) i servizi di trasporto di emergenza-urgenza gestiti dalla centrale operativa territoriale; b) i servizi di trasporto previsti nei livelli essenziali di assistenza (LEA), effettuati tramite ambulanza; c) i servizi di trasporto per i quali, in ragione delle condizioni cliniche del paziente, è richiesto esclusivamente l'uso di un'ambulanza, la necessità di assistenza *in itinere* da parte di personale sanitario e/o altro personale adeguatamente formato, nonché l'esigenza di garantire la continuità delle cure per non interrompere il percorso assistenziale (comma 1). Solo in via residuale, ossia nel caso in cui le attività di cui si è detto non potessero essere assicurate dai soggetti di cui all'art. 76 *ter*, comma 3, le AUSL potranno affidarle a soggetti terzi a seguito di gare di evidenza pubblica (comma 2). Nel 2019 è stata, poi, adottata una nuova legge regionale volta a disciplinare le autorizzazioni allo svolgimento di attività di trasporto sanitario e alla vigilanza sulle stesse, la già menzionata l. reg. 83/2019. Ai sensi della legge in parola, l'autorizzazione viene rilasciata dal comune previo accertamento del possesso dei requisiti di esercizio di cui all'art. 6, ovvero il possesso delle necessarie attrezzature tecniche ed il materiale dei mezzi di soccorso, la presenza ed il rispetto di requisiti e percorsi formativi obbligatori per i soccorritori e i formatori, nonché di requisiti e formazione specifica riservata agli autisti delle autoambulanze. L'autorizzazione viene rilasciata con riferimento a tre tipologie di attività: a) trasporto sanitario di soccorso di base mediante autoambulanza di tipo B; b) trasporto sanitario di primo soccorso mediante autoambulanza di tipo A; c) trasporto sanitario di soccorso avanzato mediante autoambulanza di tipo A. La vigilanza, ex art. 11, viene effettuata da specifica commissione, la quale verifica il rispetto degli obblighi e dei requisiti richiesti per l'esercizio di trasporto sanitario di soccorso e per l'autorizzazione di messa in esercizio di nuovi mezzi di soccorso. In caso di difformità o violazioni, la commissione avvierà un procedimento sanzionatorio. Con cadenza annuale viene pubblicato l'elenco regionale dei soggetti deputati, in applicazione della normativa di cui sopra, ad esercitare l'attività di trasporto sanitario di emergenza urgenza sul territorio regionale.

L'elemento di maggiore criticità della riforma del 2010 risiede nel fatto che il testo normativo menziona unicamente il *servizio di emergenza-urgenza* e il servizio di trasporto sanitario in senso ampio. Lo stesso Capo II *bis* è intitolato "sistema sanitario di emergenza urgenza" e, infatti, esso non menziona in nessuno dei suoi articoli il sistema sanitario – e il conseguente trasporto

---

<sup>48</sup> Ovvero le associazioni di volontariato autorizzate ai sensi della l. reg. 83/2019.

sanitario – *ordinario*. Al contrario, tutta la nuova disciplina e, in generale, il ruolo e le funzioni svolte dalle OdV rimangono raccolte nella sezione relativa al trasporto di emergenza.

Questa scelta terminologica, così come le sue conseguenze da un punto di vista pratico, appaiono poco chiare. Secondo alcuni autori, questo esprime l'intenzione del legislatore di voler operare una distinzione tra trasporti ordinari e trasporti d'emergenza-urgenza, o meglio, la novellata legge, limitandosi a regolamentare i servizi emergenziali (art. 76 *ter*), conseguentemente disciplinando le sole attività di trasporto sanitario di emergenza-urgenza (art. 76 *quater*), esclude dal suo perimetro di applicazione i servizi ordinari. Ne consegue che questi ultimi non potranno sottostare al regime di affidamento diretto alle organizzazioni di volontariato, ma dovranno necessariamente conformarsi alle regole concorrenziali europee<sup>49</sup>. Dall'altro lato, però, si potrebbe contestare che il silenzio sui servizi sanitari ordinari e relativi servizi di trasporto sia stato pensato proprio come "via di fuga" dalle regole d'appalto. In altre parole, sembra quasi che, per non interrompere il sistema consolidato di affidamento diretto alle OdV, che da decenni coinvolge non solo il trasporto sanitario d'emergenza, ma anche quello ordinario, il legislatore regionale abbia preferito raccogliere entrambe queste forme di trasporto sotto il termine di servizi di emergenza-urgenza, dal momento che solo per questi esiste una deroga alle regole di mercato. In questo modo anche servizi di trasporto che dovrebbero rientrare nella categoria ordinaria vengono considerati d'emergenza-urgenza e sottoposti al regime di affidamento diretto. Ad esempio, sono fatti rientrare in detta categoria, ad erogazione delle associazioni iscritte nell'elenco di cui all'art. 76 *quinquies*, servizi in ambulanza quali: ricoveri da domicilio, dimissioni, trasferimenti tra strutture pubbliche o private accreditate convenzionate, visite specialistiche, esami diagnostici, trattamenti terapeutici singoli, cicli di trattamento terapeutici, trattamenti dialitici, radioterapici e chemioterapici<sup>50</sup>. Servizi che nello stesso accordo-quadro del 2004 rientravano espressamente nella categoria di trasporto sanitario ordinario<sup>51</sup> e alcuni dei quali, a

---

<sup>49</sup> ALBANESE, *Il servizio di trasporto dei malati tra regole della concorrenza e valore sociale*, cit., 149.

<sup>50</sup> Vedi Direzione Sanità, Welfare e Coesione Sociale, *Disposizioni regionali concernenti l'attività di trasporto sanitario di cui all'art. 76 quater, comma 1, lettere b) e c) della l.r. 40/2005 – dematerializzazione della ricetta*, in Delibera n. 1156 del 17/10/2022, allegato A; Azienda USL Toscana centro, *Procedura Aziendale Gestione dei trasporti sanitari ordinari*, cit.; o anche <https://www.regione.toscana.it/-/trasporto-sanitario>.

<sup>51</sup> Alcune tipologie di trasporti ordinari menzionati dall'accordo-quadro, all'art. 12, sono: ricoveri in struttura pubblica o privata convenzionata da domicilio; dimissioni da struttura pubblica o privata convenzionata verso il domicilio; trasferimenti tra strutture pubbliche o private convenzionate; trasporto degenti nelle strutture pubbliche o private convenzionate per visite specialistiche, esami diagnostici e/o trattamenti terapeutici singoli, non eseguibili nella struttura di degenza; trasporti da domicilio a struttura pubblica o privata convenzionata per visite specialistiche, esami diagnostici e/o trattamenti terapeutici singoli; trasporto da domicilio a struttura pubblica o privata convenzionata per trattamenti di dialisi o per trattamenti per pazienti affetti da morbo di

dimostrazione della grande confusione, vengono tutt'oggi definiti espressamente da alcune ASL toscane come servizi di trasporto sanitario ordinario<sup>52</sup>. In effetti, i trasporti appena menzionati non dovrebbero considerarsi di emergenza e neppure potrebbero rientrare nella più "tollerata" categoria di trasporto qualificato, così come definito dalla sentenza *Falck*. A ben vedere si tratta di servizi che, seppur prevalentemente effettuati da un soccorritore sanitario debitamente formato in materia di pronto soccorso, non necessariamente comportano sempre un rischio di peggioramento dello stato di salute del paziente durante il trasporto<sup>53</sup>. Motivo per cui, neppure alla luce di quella giurisprudenza del 2019 sarebbe consentita una deroga alle regole di concorrenza e trasparenza. D'altro canto è pur sempre vero che, ad eccezione dei servizi di trasporto di emergenza urgenza gestiti dalla centrale operativa territoriale ex art. 76 *quater*, comma 1, lett. a), i servizi di trasporto di emergenza urgenza sono prescritti, a carico del SSR, per mezzo di ricetta elettronica dematerializzata emessa dallo stesso medico curante<sup>54</sup>. Sicché, è chiaro che, laddove fosse il professionista a prescrivere la necessità di un trasporto di emergenza-urgenza sarà difficile per la Regione poter contestare nel merito l'assenza dei requisiti richiesti per detta categoria di servizio.

Un ulteriore aspetto toccato dalla nuova legge 2010 è proprio quello "colpito" dalla sentenza europea del 2007, ovvero il sistema dei rimborsi delle spese cui fanno fronte le OdV. Fondamentalmente la l. reg. n. 70/2010 prevede l'individuazione di un budget complessivo annuale che viene poi ripartito tra le singole AUSL le quali, a loro volta, lo distribuiscono ai soggetti legittimati a riceverlo. Più nel dettaglio, la novella normativa si limita a prevedere una remunerazione basata su un sistema budgetario che, ai sensi dell'art. 76 *novies*, viene definito da un regolamento di attuazione (definito e adottato dalla Giunta Regionale ai sensi dell'art. 76 *undecies*) e ricomprende sia le risorse destinate alle associazioni di volontariato e alla CRI, sia quelle destinate ai loro organismi rappresentativi (comma 2). Tale budget deve successivamente essere rendicontato attraverso report periodici che i soggetti coinvolti nel sistema inoltrano alle aziende sanitarie di riferimento, riportando i risultati raggiunti e le risorse utilizzate (comma 3).

La Giunta Regionale definiva il regolamento di attuazione di cui sopra con il d.p.g.r. 4 gennaio 2012, n. 1 *Regolamento di attuazione dell'articolo 76 undecies della legge regionale 24 febbraio 2005, n. 40 (Disciplina del servizio sanitario regionale) in tema di riorganizzazione del sistema sanitario di emergenza urgenza*. Come disposto

---

Hansen; trasporti da domicilio a struttura pubblica o privata convenzionata per cicli di chemio e/o radio, anche in regime di day-hospital.

<sup>52</sup> Vedi <https://www.uslsudest.toscana.it/come-fare-per/trasporto-sanitario>.

<sup>53</sup> Vedi Corte giust., *Falck Rettungsdienste GmbH, Falck A/S c. Stadt Solingen*, cit., p.to 62, n. 1).

<sup>54</sup> Ciò ai sensi della delibera del 17 ottobre 2022, n. 1156 *Disposizioni regionali concernenti l'attività di trasporto sanitario di cui all'art. 76 quater, comma 1, lettere b) e c) della l.r. 40/2005 - Dematerializzazione della ricetta*.

dal suo art. 9, la Giunta Regionale stabilisce annualmente il budget da erogare nell'anno successivo, ripartendolo fra le aziende sanitarie sulla base di una serie di indici tra cui il fabbisogno sanitario, le caratteristiche della popolazione assistita, la distribuzione dei presidi sanitari sul territorio. A quel punto i comitati di coordinamento per il trasporto sanitario di emergenza urgenza di cui all'art. 76 *octies*, l. reg. n. 70/2010, definiscono i criteri in virtù dei quali le aziende sanitarie lo assegneranno ai soggetti del sistema, ovvero ai soggetti che concretamente erogano il servizio. Questi ultimi garantiscono un flusso informativo che permetta all'ASL di provvedere ad un sistema di contabilità nonché di monitoraggio del sistema di attuazione del budget, così da poter eventualmente implementare azioni correttive.

A titolo di esempio il budget complessivo per l'attività di trasporto sanitario di emergenza urgenza per l'anno 2025 è stato determinato in 116.600.000,00€, inclusivi delle risorse destinate alle associazioni di volontariato e ai comitati della CRI, iscritti nell'elenco di cui all'art. 76 *quinquies* della l. reg. 40/2005, e delle risorse destinate agli organismi rappresentativi di dette associazioni ed al Comitato regionale della CRI. Le suddette risorse vengono erogate previa verifica delle deleghe rilasciate alle singole associazioni di volontariato o ai relativi comitati, nonché delle risorse attribuite alle associazioni medesime. Laddove la spesa complessiva dovesse essere superiore a quella determinata per l'anno in corso, gli oneri aggiuntivi dovranno essere riassorbiti nei bilanci delle ASL, sia per quanto riguarda le ulteriori risorse da destinare alle associazioni, sia in relazione alle risorse correlate all'attività di coordinamento da destinare agli organismi rappresentativi, senza alcun ulteriore intervento economico, per tale finalità, da parte della Regione. È, inoltre, disposto che le ASL trasmettano sia una rendicontazione intermedia dei costi sostenuti, a metà anno, e una stima di quelli che si prevede dovranno essere sostenuti nella seconda porzione di anno, sia, entro i primi mesi dell'anno successivo, la puntuale e dettagliata rendicontazione dei costi effettivamente sostenuti durante l'anno<sup>55</sup>.

I rimborsi, per i servizi di emergenza (118), sono calcolati sulla base di una tariffa fissa di attivazione, a cui si aggiunge un rimborso chilometrico, un rimborso per paziente trasportato dopo il primo e un rimborso orario per le ore eccedenti la prima. A questi si aggiunge, poi, una tariffa mensile di stand-by e una tariffa oraria per la copertura del servizio. In particolare modo, il costo stand-by è calcolato tenendo conto dell'ammortamento quinquennale di un automezzo, il costo del personale, la copertura dei costi delle associazioni per la formazione, assicurazione e le divise del personale, nonché i costi generali nella misura del 10%, calcolati escludendo il costo del personale.

Per i servizi di emergenza non in stand-by le voci sono le medesime ad eccezione della tariffa mensile di stand-by, sostituita da una tariffa mensile di reperibilità. Similmente, anche i servizi di urgenza prevedono un sistema di

---

<sup>55</sup> Giunta Regionale Toscana, *Estratto del verbale della seduta del 11/08/2025, Delibera n. 1251/2025.*

tariffe differenziate: una tariffa di attivazione, un rimborso chilometrico, un rimborso per il paziente trasportato oltre il primo, un rimborso orario oltre la prima ora di percorrenza, nonché ulteriori importi correlati ai tempi di sosta, graduati in scaglioni temporali e in base alla tipologia di intervento<sup>56</sup>.

In conclusione, dunque, l'attuale sistema dei rimborsi presenta una maggiore articolazione rispetto al passato. Non è più previsto un semplice rimborso a forfait, bensì un rimborso basato su tariffe correlate ad indicatori oggettivi di attività, permettendo di individuare con maggior chiarezza il rimborso dei costi effettivamente sostenuti dalle OdV. Inoltre, il nuovo meccanismo di rendicontazione intermedia da parte delle ASL avente ad oggetto i costi sostenuti a metà anno garantisce maggior controllo. Sicché, seppur i rimborsi risultino ancora fissati *ex ante*, il nuovo modello pare sicuramente più aderente ai principi europei.

## 5. Dal rigore alla valorizzazione del *non profit*: l'apertura internazionale ed europea al Terzo Settore

Al fine di avere un quadro di insieme e poter valutare *ad oggi* la riuscita della riforma toscana è doveroso tenere in considerazione che l'approccio e la considerazione, europea ed internazionale, del settore sociale sono profondamente cambiati negli ultimi tempi. Ciò nell'ottica di una rivoluzione che in maniera lenta, ma profonda, sta portando il diritto sovranazionale a dare sempre maggior importanza e centralità al Terzo Settore. È di estrema rilevanza approfondire i più importanti passaggi che hanno rappresentato dei punti di svolta in tal senso, sia a livello giurisprudenziale (*infra*, par. 5.1) sia in quanto nuovi strumenti normativi (*infra*, par. 5.2).

### 5.1. L'evoluzione giurisprudenziale dell'Unione europea

Sono già risalenti al decennio scorso una serie di decisioni europee che, seguite alla sentenza del 2007, sono indicative di un ammorbidimento da parte dell'UE rispetto alla posizione del *non profit* sul mercato. A pochi mesi dall'adozione delle direttive 2014<sup>57</sup>, la CGUE si pronunciava nuovamente, con l'emblematica sentenza Corte giust., Quinta sez., 11 dicembre 2012, causa C-113/13, *ASL n. 5 «Spezzino» e altri/San Lorenzo Società Cooperativa Sociale, Croce*

---

<sup>56</sup> Azienda USL Toscana sud est, Deliberazione del Direttore Generale del 1 settembre 2025, n. 861.

<sup>57</sup> Al fianco della dir. 2014/24/UE sugli appalti venivano adottate anche la dir. 2014/23/UE *del Parlamento europeo del Consiglio del 26 febbraio 2014 sull'aggiudicazione dei contratti di concessione* e la dir. 2014/25/UE *del Parlamento europeo del Consiglio del 26 febbraio 2014 sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2004/17/CE*.

*Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus*, sull'affidamento diretto di servizi di trasporto sanitario ad associazioni di volontariato, previsto dalla legge regionale ligure. Dopo aver ribadito che il rimborso erogato dalla P.a. a favore dell'associazione costituisce, in realtà, una contro-prestazione, tanto che il carattere oneroso del contratto non può essere escluso, la Corte specificava che l'affidamento in via prioritaria e diretta (mediante convenzione) del servizio sanitario di trasporto a specifiche associazioni di volontariato – registrate e convenzionate – seppur costituisca un vero e proprio appalto, non si pone in contrasto con il diritto concorrenziale UE, a patto che vengano rispettate alcune condizioni. *In primis*, non devono essere perseguiti scopi di lucro, ossia né l'associazione di volontariato stessa, né i suoi membri possono trarre profitti dalle prestazioni rese (eccetto il rimborso delle spese sostenute per le stesse)<sup>58</sup>. In secondo luogo, l'obiettivo effettivamente perseguito dalla OdV deve essere quello di contribuire a finalità sociali, rispondenti ai principi di universalità, solidarietà, efficienza economica e adeguatezza<sup>59</sup>, di particolare rilevanza per il diritto UE<sup>60</sup>. Dunque, secondo l'interpretazione della Corte transnazionale, l'affidamento senza gara è giustificato dall'obbiettivo ed interesse degli Stati membri – nel rispetto di propri margini di apprezzamento – di creare e mantenere un sistema medico-ospedaliero più accessibile ed equo possibile, esigenza di interesse pubblico e finalità sociale.

Il medesimo principio viene ripreso nel caso *Castà*<sup>61</sup>, nel quale la Corte di Giustizia UE ribadisce la compatibilità con il diritto europeo della scelta degli Stati membri di affidare in via diretta un servizio di trasporto sanitario ad associazioni di volontariato senza previa comparazione delle proposte di varie associazioni<sup>62</sup>. I giudici europei precisavano, come già avvenuto nel caso *Spezzino*, che il ricorso diretto agli enti associativi di volontariato deve essere giustificato dal perseguimento di obiettivi di solidarietà ed efficienza di bilancio, senza che da questi, né dai loro membri, venga tratto un profitto diretto (ad eccezione del rimborso del costo delle prestazioni sostenute): il ricorso diretto agli enti associativi di volontariato deve essere condizionato al fatto che le “*attività commerciali esercitate siano marginali rispetto all'insieme delle attività di tali associazioni, e siano di sostegno al perseguimento dell'attività di volontariato di queste ultime*”<sup>63</sup>.

---

<sup>58</sup> Corte giust., *ASL n. 5 «Spezzino» e altri / San Lorenzo Società Cooperativa Sociale, Croce Verde Cogema Cooperativa Sociale Onlus*, cit., p.ti 57-61.

<sup>59</sup> ID, p.to 53.

<sup>60</sup> ID, pt.o 53.

<sup>61</sup> Corte giust., Quinta sez., 28 gennaio 2016, C-50/14, *CASTA e a. / A.S.L. di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) e Regione Piemonte*, p.to 60.

<sup>62</sup> ID, p.to 60.

<sup>63</sup> ID, p.to 79.

## 5.2. I nuovi strumenti di economia sociale

Il cambio di rotta verso una preminente attenzione al sociale si è più di recente registrata, sia a livello internazionale che europeo, con l'adozione di una serie di strumenti di *soft law*, pertanto con valore meramente orientativo e non vincolante, intervenuti sul tema dell'economia sociale, definita come quella sfera dell'economia che persegue obiettivi sociali.

A partire dalla fine del 2021, a seguito della crisi sanitaria e dell'amplificarsi delle disuguaglianze sociali che ne sono derivate<sup>64</sup>, le Organizzazioni Internazionali hanno voluto enfatizzare la rilevante funzione svolta dall'economia sociale. In particolare modo, si è perseguito detto proposito, riconoscendola quale strumento attraverso il quale poter raggiungere gli obiettivi di sviluppo sostenibile prefissati dall'Agenda 2030. In questa direzione, un passo importante è stato compiuto dalla *Risoluzione sul lavoro dignitoso e l'economia sociale e solidale* dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), del giugno 2022<sup>65</sup>. La risoluzione, prendendo conto dell'importanza e centralità dell'economia sociale e solidale, nonché tenendo a mente le difficoltà che i Paesi incontrano nel settore, suggerisce una serie di misure volte a valorizzare il ruolo del sociale, tra le quali rafforzare l'interazione e la partnership con le amministrazioni pubbliche su ogni livello, incluso quello locale e regionale<sup>66</sup>. L'anno seguente, l'Assemblea Generale ONU adottava una risoluzione<sup>67</sup>, con la quale veniva nuovamente ribadita l'importanza del Terzo Settore nel perseguimento degli obiettivi dell'Agenda 2030<sup>68</sup>. In aggiunta, gli Stati venivano incoraggiati a promuovere e applicare strategie, indirizzi e programmi finalizzati a supportare e mettere in opera l'economia sociale e solidale, a livello statale, locale e regionale. A tale fine veniva domandato ai Paesi di adoperarsi per creare delle normative specifiche per il settore in oggetto, capaci di dar rilievo al ruolo dell'economia sociale<sup>69</sup>.

Anche a livello europeo l'economia sociale ha subito un processo di valorizzazione. L'UE, in realtà, si è sempre disinteressata a regolamentare l'attività del *non profit* per via della grande disomogeneità della materia tra gli Stati

---

<sup>64</sup> ATHANASOPOILOU, P. KLEIN, *L'economia sociale nel panorama europeo*, in *Un Europa Sociale*, n. 1, 2022, disponibile su <https://www.rivistaimpresasociale.it/rivista/articolo/economia-sociale-nel-panorama-europeo>.

<sup>65</sup> OIL, *Resolution concerning decent work and the social and solidarity economy*, ILC.11/Resolution II, 10 giugno 2022, disponibile su [https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed\\_norm/%40relconf/documents/meetingdocument/wcms\\_848633.pdf](https://www.ilo.org/sites/default/files/wcmsp5/groups/public/%40ed_norm/%40relconf/documents/meetingdocument/wcms_848633.pdf).

<sup>66</sup> "strengthen the interaction and partnerships between the SSE entities and public administration at all levels, including local and regional" (OIL, *Resolution concerning decent work and the social and solidarity economy*, ILC.11/Resolution II, cit., p.to 9 (g)).

<sup>67</sup> UN General Assembly, *Promoting the social and solidarity economy for sustainable development* Resolution, A/RES/77/281, 18 April 2023, disponibile su <https://digitallibrary.un.org/record/4009889?v=pdf>.

<sup>68</sup> ID, p.to 1.

<sup>69</sup> ID, p.to 1.

membri. Questo, nonostante l'obiettivo sociale dell'Unione europea sia stato presente sin dalla sua creazione, tanto che inizialmente la Comunità europea nasceva proprio con il fine di rafforzare le politiche sociali, obiettivo che si sarebbe dovuto conseguire attraverso il buon funzionamento del mercato<sup>70</sup>. Nonostante i buoni propositi, l'apparato sovranazionale ha incontrato difficoltà ad implementare realmente ed efficacemente delle politiche sociali ed è stato proprio per questo motivo che la CGUE si è trovata a supplire - con le decisioni che si sono richiamate nei capitoli precedenti - alla mancanza di una disciplina europea in grado di regolamentare il settore sociale. Con gli strumenti di *soft law*, invece, questo obiettivo sembra aver trovato nuovamente spazio. In effetti, dopo la pandemia, la Commissione europea adottava una serie di strumenti pensati per permettere all'economia sociale di raggiungere il proprio massimo potenziale. Detto obiettivo si incentra su tre aspetti: creazione delle opportune condizioni per il fiorire dell'economia sociale; creazione di opportunità per l'avvio e l'ampliamento di organizzazioni che operano nell'ambito dell'economia sociale; garanzia del riconoscimento dell'economia sociale e del suo potenziale<sup>71</sup>. Gli strumenti adottati dalla Commissione sul tema sono il *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, del marzo 2021<sup>72</sup> e il *Piano d'Azione per l'Economia Sociale*, del dicembre 2021<sup>73</sup>. Il primo, di riflesso agli strumenti internazionali sopra analizzati, si prefigge una serie di traguardi, di natura sociale, da raggiungere entro il 2030. Il secondo, anch'esso finalizzato a sviluppare un'economia in grado di rispondere alle esigenze della persona, ben si sofferma sulle sfide che gli Stati incontrano nello sviluppare un approccio coerente ed uniforme vista l'intersettorialità del sociale. Tuttavia, proprio per questo, la Comunicazione esorta affinché, nell'elaborazione di politiche e quadri giuridici adeguati, le autorità pubbliche tengano conto della diversità delle forme giuridiche dei soggetti dell'economia sociale<sup>74</sup>. Infine, il Consiglio adottava una raccomandazione sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale<sup>75</sup>, nel cui contesto è stata ribadita la necessità ed importanza di trovare misure di sostegno e di contesti finanziari, amministrativi e giuridici favorevoli, che tengano in considerazione le caratteristiche specifiche dei modelli imprenditoriali dei soggetti di economia sociale per quanto riguarda la governance, la ripartizione degli utili, le condizioni

---

<sup>70</sup> GOTTI, *Il Piano d'azione europeo per l'economia sociale e i riflessi sull'ordinamento italiano*, in *Impresa Sociale*, n. 3, 2022, 4.

<sup>71</sup> Vedi <https://eur-lex.europa.eu/IT/legal-content/glossary/social-economy.html>.

<sup>72</sup> Disponibile su <https://op.europa.eu/webpub/empl/european-pillar-of-social-rights/it/>.

<sup>73</sup> Commissione europea, *Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, Creare un'economia al servizio delle persone: un Piano d'azione per l'economia sociale*, COM(2021) 778, 9 dicembre 2021.

<sup>74</sup> ID, pto 3.1.

<sup>75</sup> Consiglio dell'Unione europea, *Raccomandazione del Consiglio sullo sviluppo delle condizioni quadro dell'economia sociale*, 13287/23, 29 settembre 2023.

di lavoro e l'impatto, dal momento che proprio tali misure consentono loro, ad esempio, di fornire servizi sociali a prezzi accessibili<sup>76</sup>.

I nuovi strumenti di economia sociale, dunque, rivestono rilevanza nella parte in cui fanno emergere le criticità, ancora irrisolte, del ruolo del sociale. Criticità che, per molto tempo, sono state affidate alla CGUE la quale, sostituendosi alla mancante normativa, si è trovata a dover conciliare esigenze europee con le differenti identità nazionali. La Corte ha finito per sancire il criterio della prevalenza dell'economicità dell'attività sulla natura giuridica dell'ente erogatore (in altre parole, anche le organizzazioni non lucrative dovranno rispondere alle regole sulla concorrenza se operano uno scambio di beni e servizi). Visione, però, che rischia di irrigidire eccessivamente il margine di azione del *non profit* con conseguente detrimento per l'economia sociale stessa<sup>77</sup>. Al contrario, lo stesso Comitato Economico e Sociale Europeo ha riconosciuto che più che focalizzarsi sulla distinzione tra economicità e non economicità di un servizio di interesse generale, sarebbe bene soffermarsi sulla natura del servizio, le sue funzioni e i suoi obiettivi, in base ai quali stabilire quali attività debbano essere soggette alle norme sulla concorrenza e quali debbano esserne escluse<sup>78</sup>.

In conclusione, proprio alla luce di quanto detto, si potrebbe argomentare che, dovendo salvaguardare - ma soprattutto potenziare - il ruolo del sociale, appare troppo rigorosa una disciplina europea che obbliga il trasporto sanitario ordinario sotto le regole della concorrenza. Infatti, esulando da un affidamento diretto ad organizzazioni di volontariato che da anni, in Toscana, si apprestano ad erogare detto servizio, del quale hanno profonda conoscenza e che detengono competenze e capacità di individuazione delle necessità locali (seppur si tratti di servizi che non richiedono un contatto umano e diretto con il paziente, come nel trasporto di emergenza-urgenza) rischia di far venir meno tutti i buoni propositi dettati dai nuovi strumenti di economia sociale e dal più ampio principio di solidarietà statuito dalla giurisprudenza europea. Pertanto, seppur formalmente la riforma del 2010 non è stata in grado di adeguare il sistema di trasporto sanitario toscano alla disciplina europea, è pur sempre vero che, valorizzando e volendo mantenere centrale il ruolo svolto dalle OdV sul territorio, è stata in grado di dare attuazione ai più ampi principi sociali e di solidarietà alla base dei servizi alla persona.

In ogni caso trattandosi, questi, di principi che il legislatore italiano ha voluto riconoscere a livello nazionale, prevedendo la convenzione ex art. 57 CTS, vale la pena domandarsi se la modalità di affidamento dei trasporti sanitari seguita dalla

---

<sup>76</sup> ID, considerando n. 16.

<sup>77</sup> GOTTI, *Il Piano d'azione europeo per l'economia sociale e i riflessi sull'ordinamento italiano*, cit., 18-19.

<sup>78</sup> Comitato economico e sociale europeo, *Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione - Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea*, C 161/80, 13 luglio 2007, p.to 1.3.; cfr. GOTTI, *Il Piano d'azione europeo per l'economia sociale e i riflessi sull'ordinamento italiano*, cit., 19.

Regione Toscana possa, in effetti, rientrare nel campo di applicazione dell'articolo citato.

## 6. Il sistema toscano nei confini dell'art. 57 CTS: una qualificazione possibile?

Come accennato, con l'adozione del Codice del Terzo Settore del 2017, il legislatore nazionale ha voluto positivizzare i principi enunciati nella giurisprudenza *Spezzino e Casta*. All'art. 57 CTS ha previsto un meccanismo di affidamento diretto e riservato, in via prioritaria, alle organizzazioni di volontariato che erogano servizi di trasporto sanitario di emergenza-urgenza. Vale la pena domandarsi se tale strumento possa servire da inquadramento al modello Toscano, ovvero se il sistema delineato dalla l. reg. 40/2005 per come riformato nel 2010, sia riconducibile sotto l'ambito di applicazione dell'art. 57 CTS.

Per rispondere a tale quesito, occorre procedere ad una disamina dei requisiti - soggettivi, oggettivi, procedurali e contenutistici - richiesti dall'articolo in esame (*infra*, par. 6.1), per poi verificare se questi siano rispettati nell'attuale sistema di convenzionamento o, al contrario, quali sarebbero gli interventi necessari ad assicurarne la coerenza (*infra*, par. 6.2).

### 6.1. I requisiti della convenzione ex art. 57 CTS

Come anticipato, affinché sia possibile affidare i servizi di trasporto sanitario in convenzione ad organizzazioni di volontariato, l'art. 57 CTS demanda la sussistenza di una serie di requisiti<sup>79</sup>.

Partendo dai criteri soggettivi di applicazione della disposizione citata, questi appaiono fortemente stringenti in quanto, *in primis*, la convenzione in oggetto è strumento limitato alle sole OdV, nelle forme e disposizioni di cui agli artt. 33 e ss. CTS<sup>80</sup>. A tale primo requisito soggettivo si aggiungono i seguenti: iscrizione al

---

<sup>79</sup> Ai sensi dell'art. 57 CTS, infatti: "1. I servizi di trasporto sanitario di emergenza e urgenza possono essere, in via prioritaria, oggetto di affidamento in convenzione alle organizzazioni di volontariato, iscritte da almeno sei mesi nel Registro unico nazionale del Terzo settore, aderenti ad una rete associativa di cui all'articolo 41, comma 2, ed accreditate ai sensi della normativa regionale in materia, ove esistente, nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisce l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione. 2. Alle convenzioni aventi ad oggetto i servizi di cui al comma 1 si applicano le disposizioni di cui ai commi 2, 3, 3-bis e 4 dell'articolo 56".

<sup>80</sup> Per vero la Corte Costituzionale con sentenza n. 255/2020 evidenziava come non sia affatto innegabile che il dettato dell'art. 57 CTS limiti il convenzionamento di servizi di trasporto di emergenza-urgenza alle sole OdV. Al contrario, la norma, prevedendo che l'affidamento venga concesso "in via prioritaria" alle organizzazioni di volontariato, riserva una "corsia preferenziale" a queste ultime, senza però escludere che i servizi in parola possano essere affidati ad altri ETS

RUNTS da almeno 6 mesi; adesione ad una rete associativa nazionale ai sensi dell'art. 41, comma 2<sup>81</sup>; accreditamento sulla base di una eventuale normativa regionale.

Su tali condizioni è bene fare delle precisazioni. Anzitutto, non è necessario che la Regione sia dotata di una normativa di accreditamento specifica, ma sarà sufficiente che l'ente regionale definisca le proprie forme di accreditamento sulla base delle normative esistenti. Inoltre, la *ratio* del requisito della rete associativa è duplice: da un lato l'adesione sarebbe in grado di garantire l'affidabilità e il carattere strutturato dell'associazione che eroga il servizio, dall'altro assicurerebbe un sistema di monitoraggio, controllo e assistenza tecnica da parte della rete nei confronti dei suoi associati<sup>82</sup>.

Passando ad un'analisi dei requisiti oggettivi, primo tra tutti vi è l'ambito di operatività della convenzione, limitato ai servizi di trasporto sanitario di sola emergenza-urgenza (per la cui definizione si rimanda a *supra* par. 3). Peraltro, sempre ai sensi dell'art. 57 CTS, nell'ottica di finalità sociali e di solidarietà, l'affidamento diretto con convenzione dovrebbe essere finalizzato a garantire l'espletamento di un servizio di interesse generale, assicurando efficienza economica e adeguatezza, nonché il rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione.

Considerando gli aspetti procedurali dell'affidamento in parola, la selezione dei soggetti del settore sociale con i quali concludere le convenzioni deve avvenire - come sempre - nel rispetto dei principi di imparzialità, pubblicità, trasparenza, partecipazione e parità di trattamento, come previsto dal comma 4, art. 55 CTS<sup>83</sup>.

In ultimo, merita attenzione il contenuto della convenzione. Secondo quanto prescritto dal comma 4 dell'art. 56, cui l'art. 57 rinvia, la convenzione deve

(come nel caso *sub iudice* alle cooperative sociali) mediante diverse forme di affidamento quali la convenzione ex art. 56 CTS (Corte cost., 4 novembre 2020, n. 255/2020).

<sup>81</sup> Ai sensi dell'art. 41, comma 2, CTS "Sono reti associative nazionali le reti associative di cui al comma 1 che associano, anche indirettamente attraverso gli enti ad esse aderenti, un numero non inferiore a 500 enti del Terzo settore o, in alternativa, almeno 100 fondazioni del Terzo settore, le cui sedi legali o operative siano presenti in almeno dieci regioni o province autonome. Le associazioni del terzo settore formate da un numero non inferiore a 100 mila persone fisiche associate e con sedi in almeno 10 regioni o province autonome sono equiparate alle reti associative nazionali ai fini di cui all'articolo 59, comma 1, lettera b)".

<sup>82</sup> Cantiere Terzo Settore, *Il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, Come procedere all'affidamento di tali servizi alle organizzazioni di volontariato*, 4 febbraio 2022, disponibile su <https://www.cantiereterzosettore.it/il-servizio-di-trasporto-sanitario-di-emergenza-e-urgenza/>.

<sup>83</sup> Più nel dettaglio il procedimento deve avvenire nel rispetto dei seguenti passaggi: pubblicazione dell'avviso di convenzione mediante atto di indizione del procedimento sul sito dell'amministrazione procedente (art. 56, comma 3 bis), contenente l'attività da svolgere, i requisiti richiesti (tra cui l'iscrizione al RUNTS da almeno sei mesi), i criteri di selezione, le modalità di presentazione delle candidature; presentazione delle candidature da parte degli ETS, secondo le modalità descritte nell'avviso di convenzione; scelta della OdV mediante procedura comparativa, sulla base dei criteri stabiliti nell'avviso; conclusione della procedura comparativa con pubblicazione del provvedimento finale; sottoscrizione della convenzione. Al riguardo si veda Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, *Linee guida sul rapporto tra pubbliche amministrazione ed enti del Terzo settore negli artt. 55-57 del d.lgs. n. 117/2017 (Codice del Terzo settore)*, 31 marzo 2021, 18.

specificare la durata del rapporto convenzionale, nonché il contenuto e le modalità dell'intervento volontario. È inoltre richiesto il numero e la qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività oggetto della convenzione, così come le modalità con le quali volontari e lavoratori vengono coordinati con gli operatori dei servizi pubblici. La convenzione deve prevedere le coperture assicurative di cui all'articolo 18 CTS, i rapporti finanziari relativi alle spese da ammettere a rimborso, tra le quali devono essere specificati gli oneri relativi alla copertura assicurativa, le modalità di risoluzione del rapporto, le forme di verifica delle prestazioni e quelle con le quali avviene il controllo della loro qualità. Devono essere previsti i meccanismi di verifica dei reciproci adempimenti nonché quelli di rimborso delle spese. Rispetto a quest'ultimo punto deve essere garantito il principio dell'effettività delle spese, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili, e con la limitazione del rimborso dei costi indiretti alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto della convenzione. Infatti, si precisa che, rinviando al modello previsto per le convenzioni ex art. 56 CTS, è previsto il rispetto del principio del rimborso delle sole spese effettivamente sostenute (art. 56, comma 2)<sup>84</sup>.

## 6.2. Dalla norma al caso di specie

Per verificare che i requisiti menzionati al paragrafo precedente sussistano nel sistema toscano di affidamento e convenzionamento è bene premettere che le associazioni di cui all'art. 76 *quinquies* l. reg. n. 40/2005, ovvero autorizzate ad effettuare servizi di trasporto sanitario, anche nel modello attuale continuano a fare capo a tre realtà: Croce Rossa Italiana, Confederazione delle Misericordie e Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze (A.N.P.A.S.)<sup>85</sup>.

---

<sup>84</sup> Vale la pena precisare che la giurisprudenza italiana si è pronunciata in materia di gratuità delle prestazioni effettuate da associazioni di volontariato cui vengono affidati servizi in via diretta. Il T.A.R. Toscana ha affermato che non sussiste alcun contrasto con le norme europee in tema di contratti pubblici qualora venga garantita la gratuità della prestazione, dove per gratuità non deve intendersi tanto l'assenza di corrispettivo, bensì la non economicità del rapporto oggetto di convenzione (T.A.R. Toscana, sez. I, 1 giugno 2020, n. 666). In linea con quanto detto, il Consiglio di Stato più recentemente ha specificato che la gratuità intende, da un lato, la creazione di ricchezza mediante il lavoro dell'erogatore di servizi non remunerato dal profitto, dall'altro, la sussistenza di costi non remunerati e senza rimborso, sostenuti per semplice finalità solidaristica (Cons. St., sez. VI, 7 agosto 2024, n. 7020).

<sup>85</sup> Tale informazione è stata ricavata da un'analisi dell'elenco regionale, pubblicato annualmente sul BURT Regione Toscana, delle associazioni di cui all'art. 76 *quinquies* per l'anno 2024, più recente ed ultimo adottato. L'elenco per l'anno di riferimento è presente nell'Allegato A del Decreto Dirigenziale Regione Toscana n. 25742 del 20 novembre 2024. Ai fini dello studio, per tutte le associazioni menzionate nell'elenco, la cui appartenenza a CRI, Confraternita delle Misericordie o Associazione Nazionale Pubbliche Assistenze non era evidente, si è proceduto a verificarne l'adesione all'A.N.P.A.S. sulla sezione "elenco pubbliche assistenze" del relativo sito, consultabile su: <https://www.anpas.org/elenco-pubbliche-assistenze/>. Per ognuna di queste ultime associazioni, l'adesione è stata confermata, ad eccezione dell'*Associazione donatori di sangue orfani*

Sicché, per quanto attiene alla verifica dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti dall'art. 57, si può concludere con facilità che tutte e tre le associazioni soddisfano i primi requisiti. L'Associazione della Croce Rossa Italiana è organizzazione di volontariato, iscritta al Registro Unico Nazionale Terzo Settore, al quale il Comitato Regionale Toscana risulta iscritto per trasmigrazione dal 2 novembre 2022. Rispondendo ai requisiti di cui all'art. 41 CTS, la CRI risulta iscritta come rete associativa nazionale<sup>86</sup>. Parimenti può affermarsi per la Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia, iscritta al RUNTS come organizzazione di volontariato dal 30 dicembre 2022, ove risulta appartenere ad una rete associativa nazionale<sup>87</sup>. In ultimo, pure l'A.N.P.A.S. è organizzazione di volontariato, in quanto tale iscritta al relativo registro (il suo comitato regionale toscano appare iscritto dal 7 novembre 2022 per trasmigrazione) ed operante come rete associativa nazionale del Terzo settore<sup>88</sup>. Pertanto, tutte e tre le associazioni sono organizzazioni di volontariato, iscritte da più di sei mesi al RUNTS e aderenti ad una rete associativa nazionale.

Per quanto riguarda il requisito dell'accreditamento richiesto dall'art. 57, la Toscana prevede una normativa specifica per l'autorizzazione all'esercizio delle attività di trasporto sanitario svolto dalle associazioni di volontariato, ovvero la l. reg. n. 83/2019, affiancata dal relativo regolamento di attuazione, il d.p.g.r., 1 dicembre 2021, n. 46/R *Regolamento di attuazione della legge regionale 30 dicembre 2019, n. 83 (disciplina delle autorizzazioni e della vigilanza sulle attività di trasporto sanitario)*, che fissa i requisiti tecnici ed organizzativi necessari per lo svolgimento delle attività in parola. Seppur, diversamente da altre regioni, la Toscana non è dotata di specifica legge per l'accreditamento di servizi di trasporto sanitario, la CRI, la Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia e l'A.N.P.A.S. sono autorizzate ai sensi della l. reg. n. 83/2019 per poter rientrare tra le associazioni ex art. 76 *quinquies* l. reg. n. 40/2005 legittimate ad erogare trasporti sanitari. Sicché dette organizzazioni possono considerarsi accreditate nel senso indicato dall'art. 57 CTS.

In breve, dunque, i requisiti soggettivi richiesti dall'art. 57 CTS sono presenti.

La sussistenza dell'elemento oggettivo, d'altro lato, non può dirsi presente dal momento che, come già spiegato, seppur nella lettera dalla l. reg. n. 40/2005 le OdV effettuino soltanto servizi di trasporti di emergenza-urgenza, nella prassi queste erogano altresì prestazioni che sarebbero più propriamente qualificabili come trasporti ordinari. Al contrario, l'art. 57 limita l'operatività della convenzione ai servizi di trasporto sanitario di sola emergenza-urgenza.

---

*comunità Sillano*, della quale, tuttavia, non è stato possibile neppure verificarne l'effettiva esistenza, non essendo stata reperita alcuna informazione pubblicamente disponibile.

<sup>86</sup> Croce Rossa Italiana Comitato Nazionale, *Statuto della Croce Rossa Italiana*, Revisione 6, 18 dicembre 2021, art. 2, n. 2.4 e 2.7.

<sup>87</sup> Confederazione Nazionale delle Misericordie d'Italia, *Statuto*, approvato dall'Assemblea Nazionale di Lucca, 8 giugno 2019, art. 8, n. 1.

<sup>88</sup> Congresso Nazionale A.N.P.A.S., *Statuto Nazionale ANPAS - ODV*, 26 novembre 2022, art. 5.

Rispetto al requisito procedurale sull'*iter* di selezione delle organizzazioni di volontariato richiesto dall'art. 57 CTS, come già spiegato, il trasporto sanitario toscano si basa su un sistema di autorizzazione all'erogazione dei servizi con inserimento degli enti autorizzati su lista regionale, senza che vi sia una vera e propria apertura della procedura a terzi che garantisca il rispetto di una procedura comparativa.

Infine, l'analisi in merito agli elementi che, ai sensi dell'art. 56, comma 4, CTS, la convenzione deve contenere, si prenderà quale riferimento l'accordo-quadro 2004, quale strumento in grado di dettagliare con precisione i rapporti tra P.a. regionale e OdV.

Partendo dalla durata convenzionale, l'art. 37 dell'accordo-quadro stabiliva la durata dello stesso (durata quinquennale con possibilità di proroga con il consenso di tutti i soggetti firmatari), ma nulla specificava sulla durata della convenzione. Indicazioni sul contenuto della convenzione e sulle modalità di intervento volontario possono essere ritrovate all'art. 7 dell'accordo-quadro che descriveva le modalità di svolgimento degli interventi, tra cui la gratuità del servizio per il trasportato e l'obbligo di seguire il percorso più breve durante gli interventi di trasporto.

Le modalità delle attività venivano poi definite con maggior precisione dai Titoli IV e V che disciplinavano rispettivamente i trasporti sanitari ordinari e di emergenza-urgenza. Questi precisavano le condizioni e i limiti degli interventi quali le tipologie di mezzi impiegati (art. 11), le tipologie di trasporto ed intervento (artt. 12, 13, 20, 21, 22), la documentazione dovuta (artt. 16, 23) e altri dettagli quali i trasporti interregionali (art. 14) o tra Stati (art. 15). L'art. 8 era dedicato alle caratteristiche del personale delle OdV convenzionate e alla sua qualificazione ed aggiornamento. Il personale, messo a disposizione dalle associazioni, doveva essere formato attraverso corsi conformemente a quanto previsto dalla l. reg. n. 25/2001. Nulla veniva, tuttavia, menzionato rispetto al numero dei volontari da impiegare nelle attività interessate. Pertanto, il requisito relativo alla menzione nella convenzione del numero e l'eventuale qualifica professionale delle persone impegnate nelle attività non trova piena applicazione nell'accordo-quadro 2004. Invece, erano presenti diverse previsioni sulle modalità di coordinamento dei volontari e dei lavoratori con gli operatori dei servizi pubblici, dando vita a diversi organi che garantissero un raccordo in tal senso<sup>89</sup>.

---

<sup>89</sup> Un tavolo locale istituito presso ogni ASL che facilitasse il confronto e la verifica dei reciproci rapporti convenzionali tra l'Azienda presso cui era istituito il tavolo e le OdV convenzionate (art. 4); un Comitato Organizzativo 118, con compiti propositivi, consultivi, di supervisione e verifica organizzativa, costituito presso ogni AUSL e composto da rappresentanti di quest'ultima, delle OdV e della Centrale di Coordinamento del trasporto ordinario e delle Aziende Ospedaliere, ove presenti (art. 5); infine, un tavolo regionale che favorisse il confronto tra gli enti convenzionati e Assessore regionale al Diritto alla Salute, dirigente regionale del settore e Direttore Generale dell'AUSL, il cui fine era principalmente quello di verificare l'andamento dell'accordo-quadro, eventuali modifiche e integrazioni, la rendicontazione degli oneri sostenuti o l'insorgere di problematiche (art. 6). Inoltre, specificatamente per i servizi di trasporto ordinario erano previste

Sulle forme di verifica delle prestazioni e di controllo della loro qualità e di verifica dei reciproci adempimenti si può accennare ai già citati artt. 5 e 6, ai sensi dei quali il Comitato Organizzativo 118 svolgeva dei compiti di supervisione e verifica organizzativa dei trasporti sanitari (art. 5), mentre il Tavolo regionale si vedeva incaricato di funzioni di verifica e monitoraggio (art. 6). Soprattutto, però, si deve far riferimento al Titolo VII che conteneva specifiche disposizioni sulla valutazione del servizio (art. 29), sulla programmazione di obiettivi finalizzata ad innalzare i livelli di qualità (art. 30), sul coinvolgimento da parte del Tavolo locale di associazioni di rappresentanza degli utenti nella sua attività di valutazione, verifica e controllo al fine di orientare sempre più il servizio ai legittimi bisogni dei cittadini (art. 31).

In ultimo, l'art. 32 disciplinava i casi di inadempienza agli obblighi fissati dalla convenzione, caso in cui veniva fissato dall'ASL titolare del servizio un tempo entro il quale applicare gli interventi correttivi. In caso di mancato rispetto del termine l'Azienda poteva disporre di sanzioni e, in ultimo, anche la sospensione e/o rescissione del rapporto di convenzione. Detto articolo, dunque, regolava anche il requisito delle modalità di risoluzione del rapporto, richiesto dall'art. 56, comma 4 CTS. Tuttavia, l'adempimento veniva affrontato solo dal lato della OdV inadempiente, mancando l'accordo-quadro di disciplinare anche un inadempimento da parte dell'Azienda (si parla nell'art. 56 CTS di adempimenti reciproci).

Quanto, infine, al requisito della previsione del rimborso delle spese sostenute, come è stato già approfondito, la riforma del 2010 ha mantenuto una struttura che rispetta il rimborso spese secondo specifiche modalità (vedi *supra* par. 4.4.) che certamente, seppur fissate in via anticipata, appaiono più dettagliate ed obiettive rispetto a quanto previsto originariamente dall'accordo-quadro.

In conclusione, dunque, l'ex accordo-quadro può essere considerato una buona base normativa a partire dalla quale modellare una convenzione ex art. 57, nonostante manchino alcuni elementi che certamente dovrebbero essere colmati dal legislatore toscano. Seppur l'accordo-quadro 2004 presenti una buona struttura e un buon livello di determinatezza, in quanto agli elementi di contenuto richiesti dal Codice del Terzo Settore, il nuovo assetto dato dalla riforma del 2010, facendo rientrare nella nozione di trasporti di emergenza ed urgenza anche le prestazioni ordinarie, fa mancare il requisito oggettivo richiesto dall'articolo in analisi. Per di più sussistono ulteriori carenze. Nello specifico, non viene

---

delle Centrali di Coordinamento del trasporto ordinario che si integravano alle Centrali Operative 118 (art. 17). Passando al punto delle coperture assicurative ex art. 18 CTS, l'art. 9 dell'accordo-quadro imponeva l'obbligo in capo alle associazioni convenzionate di stipulare polizze assicurative tra cui quelle per il proprio personale volontario per danni a sé o a terzi, conformemente all'art. 4, l. n. 266/1991 contro gli infortuni e le malattie connessi allo svolgimento dell'attività stessa, nonché per la responsabilità civile verso i terzi. Oggi la l. n. 266/1991 è stata sostituita dal Codice del Terzo Settore, il cui art. 18 impone una polizza assicurativa del medesimo tipo. Sicché il requisito sarebbe riempito.

menzionata nell'accordo-quadro la durata della convenzione, né precisata la qualifica del personale impiegato nelle attività di trasporto. Manca la quantificazione del numero di tali soggetti, così come non vengono specificate delle regole relativamente ad inadempimenti reciproci, ma solo per il mancato adempimento da parte dell'ente volontario.

## 7. Conclusioni

In conclusione, tenuto conto, da un lato, delle motivazioni poste alla base della riforma del sistema sanitario regionale del 2010, e dall'altro, delle evoluzioni giurisprudenziali e normative europee ed internazionali, successive alla pronuncia del 2007, che hanno valorizzato l'affidamento di servizi ad enti *non profit*, si può giungere alle seguenti conclusioni.

Se si guarda alla sola sentenza *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana* del 2007 pare potersi dire che la riforma ha adeguatamente risposto alle principali criticità sollevate dai giudici di Lussemburgo in materia di rimborso spese. Tuttavia, la riorganizzazione normativa ha introdotto qualche ulteriore profilo critico. Il legislatore regionale non ha realmente distinto tra servizi di trasporto ordinario e servizi di emergenza-urgenza, distinzione invece richiesta a livello europeo; piuttosto, ha ricondotto l'intero settore sotto la cornice del servizio di emergenza-urgenza, sostanzialmente mantenendo intatto il modello tradizionale di affidamento diretto alle OdV, estendendolo di fatto anche alle prestazioni senza carattere emergenziale in senso stretto. Una tale assenza di divisione non "trova salvezza" a livello europeo neppure alla luce della giurisprudenza *Falck*. Effettivamente, sebbene con questa decisione la Corte abbia ammesso la possibilità di ricorrere a forme di affidamento diretto anche per ipotesi di trasporto c.d. qualificato, che non coincidono con l'urgenza estrema, il sistema toscano rimane comunque più ampio, perché affida tramite convenzione tutte le tipologie di trasporto sanitario, senza distinzione.

Inoltre, potrebbe argomentarsi che l'attuale sistema toscano di affidamento di servizi di trasporto sanitario potrebbe, con opportuni aggiustamenti, farsi rientrare sotto l'ambito di applicazione dell'art. 57 CTS. Tuttavia, ciò non risolverebbe completamente il problema della conformità della attuale disciplina del trasporto sanitario toscano con il diritto dell'Unione europea. Infatti, l'articolo 57 CTS è applicabile unicamente ai servizi di trasporto di emergenza-urgenza, sicché, seppur da un punto di vista letterale l'affidamento previsto dalla legge toscana è riservato ai servizi di emergenza-urgenza, sappiamo che di fatto così non è.

Parallelamente, però, non può non considerarsi che la giurisprudenza europea si è evoluta e con il tempo ha valorizzato (soprattutto con le sentenze *Spezzino* e *Casta*) il ruolo solidaristico delle organizzazioni *non profit*, riconoscendo che la loro finalità altruistica e il radicamento territoriale giustificano un regime

differenziato rispetto agli altri operatori economici. Allo stesso modo, di estrema rilevanza si dimostrano i recenti strumenti di *soft law* adottati dalle istituzioni internazionali ed europee, le quali, a seguito della crisi della pandemia, hanno preso atto del ruolo chiave giocato dal Terzo Settore, sollecitando gli Stati ad adoperarsi a favore dell'adozione di normative che ne sottolineino la centralità e che si adattino alle specificità che caratterizzano il settore. In questo senso, allora, il riformato modello toscano, proprio nei limiti di una mancata differenziazione tra trasporto ordinario e di emergenza, riflette quell'approccio di collaborazione pubblico-privato sociale che pone al centro il valore sociale del volontariato; tutto ciò nonostante i limiti dovuti ad un'assenza di separazione tra trasporto ordinario e trasporto di emergenza-urgenza.

Infatti, il fatto che anche servizi di trasporto che non rispondono pienamente alle categorie europee di "emergenza e urgenza" siano affidati in via diretta ad associazioni che da decenni operano sul territorio toscano e che sono in grado di riconoscere i bisogni della popolazione locale, certamente assolve a quella funzione di solidarietà e perseguimento di obiettivi sociali, che sono ormai di sempre maggior centralità a livello sovranazionale. Ragione per cui, in una visione più completa e globale, senza limitarsi a quanto affermato nella sentenza della CGUE del 2007, il modello toscano potrebbe ritenersi coerente con i valori che anche il sistema europeo e internazionale sta cominciando a valorizzare.

## **ALTRI SAGGI**



# I GRUPPI DI INTERESSE DINANZI ALLA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA. DALL'ACCESSO RISTRETTO ALLE PORTE APERTE CON PRUDENZA<sup>°</sup>\*

Anna Maria Lecis Cocco Ortu

*Professoressa Associata di Diritto pubblico  
Sciences Po Bordeaux*

*Il contributo ripercorre l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di accesso degli enti esponenziali al giudizio di costituzionalità. Inizialmente presentata ad un convegno su *Le Conseil constitutionnel et les représentants d'intérêt*, l'analisi adotta una concezione neutra di "gruppi di interesse", intesi come «entità costituite al fine di garantire la difesa di un interesse collettivo, dando loro la possibilità di influenzare la legislazione in conformità con le loro aspettative». Essa si interessa così in una prima parte alle diverse vie di accesso dei gruppi al giudizio costituzionale, per poi concentrarsi in particolare sull'evoluzione rappresentata dall'apertura del giudizio costituzionale ai gruppi della società civile mediante la procedura dell'*amicus curiae*, tirando un bilancio quantitativo e qualitativo dei primi 5 anni della sua applicazione.*

*The contribution traces the evolution of legislation and case law on the access of interest groups to constitutional review. Initially presented at a conference on *Le Conseil constitutionnel et les représentants d'intérêt*, the analysis adopts a neutral conception of "interest groups," understood as "entities established for the purpose of defending a collective interest, giving them the opportunity to influence legislation in accordance with their expectations." The first part of the analysis focuses on the different ways in which groups can access constitutional review, before concentrating in particular on the evolution represented by the opening up of constitutional review to civil society groups through the *amicus curiae* procedure, providing a quantitative and qualitative assessment of the first five years of its application.*

## Sommario:

1. Introduzione
2. La progressiva apertura delle porte del giudizio costituzionale
  - 2.1. Dall'accesso (ristretto) dei gruppi di interesse in qualità di parti in causa alle "portes étroites all'italiana"
  - 2.2. L'introduzione dell'*amicus curiae*: un'apertura riservata ai gruppi non lucrativi
3. Un primo bilancio quantitativo e qualitativo dell'apporto della riforma, tra effetti infra-processuali e extraprocessuali
  - 3.1. Un'influenza poco visibile sulle motivazioni delle decisioni
  - 3.2. Un approccio dialogico in grado di contribuire alla legittimazione della giustizia costituzionale
4. Spunti conclusivi: la Corte, la società e il contesto

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

\* Il presente contributo costituisce la versione italiana e aggiornata di una relazione presentata in francese al convegno *Le Conseil constitutionnel et les représentants d'intérêt*, Amiens, 29 marzo 2021. La versione francese è destinata alla pubblicazione nel volume a cura di CHRISTELLE, COMBRADE, SÉNAC, *Le Conseil constitutionnel et les représentants d'intérêt*, Parigi, 2025.

## 1. Introduzione

Le porte della Corte costituzionale italiana sono state a lungo difficilmente accessibili ai gruppi di interesse in quanto tali. Certo, diversamente dall'esperienza francese, l'esistenza di un controllo incidentale sin dall'istituzione della Corte nel 1956 ha consentito e consente agli enti portatori di interessi collettivi di avvalersi di questa via, qualora essi siano parti in un giudizio e ritengano che una disposizione a loro applicabile sia contraria alla Costituzione, chiedendo al giudice di sollevare una questione di costituzionalità. Il loro diritto di accesso al giudizio costituzionale dipende pertanto dal diritto di agire in giudizio per la difesa degli interessi che promuovono. Il diritto di agire - o di intervenire - in giudizio in difesa di interessi collettivi rimane tuttavia un'eccezione ed è il più delle volte subordinato al possesso di una serie di requisiti imposti dalla legge o ad una legittimazione espressamente conferita per decreto. La prima constatazione che si potrebbe fare, quindi, è che i gruppi di interesse possono accedere alla Corte costituzionale nei rari casi in cui le norme del processo *a quo* riconoscono loro la legittimazione ad agire o ad intervenire per la difesa di interessi collettivi. Tuttavia, questa prima ricostruzione è lungi dall'essere esaustiva. Da un lato, i gruppi portatori di interessi collettivi non si sono accontentati passivamente di essere esclusi dal processo costituzionale a causa dei limiti imposti dalle condizioni di accesso, e hanno forzato le maglie della procedura fino ad aprirsi una breccia grazie ad un meccanismo che ricorda le «*portes étroites*» francesi. D'altra parte, dopo un lungo periodo in cui ogni via di accesso ad un giudizio già promosso, mediante meccanismi come l'intervento, era formalmente precluso ai rappresentanti di interessi collettivi, il regolamento interno della Corte costituzionale è stato modificato nel 2020 per introdurre una via esplicitamente riservata alle «associazioni e ai gruppi senza scopo di lucro e [agli] organi istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi» sotto forma di *amicus curiae*<sup>1</sup>.

Prima di esaminare più nel dettaglio queste diverse fasi, è utile fornire alcune precisazioni sulla nozione di «gruppi di interesse» adottata ai fini dell'analisi. Spesso utilizzato come equivalente di «*lobby*», si tratta di un termine polisemico che può designare varie tipologie di attori con finalità diverse, comprendendo in particolare sia gli enti portatori di interessi di tipo economico (e in tal caso il termine è spesso usato in senso peggiorativo)<sup>2</sup>, sia, secondo una connotazione più

---

<sup>1</sup> Decisione dell'8 gennaio 2020 che modifica le «norme integrative per i procedimenti dinanzi alla Corte costituzionale» (N.I.), che costituiscono il regolamento interno della Corte. Tale disposizione figura oggi all'articolo 6 delle N.I.

<sup>2</sup> Quelli che una parte della dottrina nordamericana definisce *Interest groups*, distinti dagli *Advocacy groups*, che sarebbero le associazioni e gli organismi che difendono diritti o cause: J. BERRY, *Lobbying for the People*, Princeton, 1977; SCHLOZMAN - TIERNEY, *Organized Interest and American Democracy*, New York, 1986. Cfr. anche G. JORDAN - MALONEY - BENNIE, *Les groupes d'intérêt public*, in *Pouvoirs*, 1996, n. 79, p. 69.

generale e neutra, «le entità costituite al fine di garantire la difesa di un interesse collettivo, dando loro la possibilità di influenzare la legislazione in conformità con le loro aspettative»<sup>3</sup>. È quest'ultima l'accezione che verrà qui adottata, riunendo sotto la definizione di gruppi di interesse sia i portatori di interessi strettamente economici e professionali sia i gruppi di difesa dei diritti o di una causa, senza tuttavia ignorare, da un punto di vista descrittivo, la distinzione tra i diversi tipi di gruppi e di interessi difesi, per trarne alcune considerazioni sull'impatto della loro partecipazione al contenzioso costituzionale<sup>4</sup>.

Il contributo intende quindi ripercorre l'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia di accesso degli enti esponenziali al giudizio di costituzionalità, per poi concentrarsi in particolare sugli effetti dell'apertura del giudizio costituzionale mediante la procedura dell'*amicus curiae*, tirando un bilancio quantitativo e qualitativo dei primi 5 anni della sua applicazione. L'analisi si concentrerà essenzialmente sul controllo incidentale, in quanto si tratta del meccanismo in cui l'azione dei gruppi di interesse è più importante, anche se la riforma che istituisce l'*amicus curiae* si applica anche al controllo principale, dove ha già dato luogo ad alcune applicazioni<sup>5</sup>. Questa riforma ha profondamente modificato il ruolo riconosciuto agli enti esponenziali nel giudizio di costituzionalità (2). Mentre per lungo tempo la loro azione è stata poco visibile, se non addirittura resa invisibile dall'approccio assunto dalla Corte dinanzi ai tentativi di accesso al giudizio in qualità di terzi (2.1), essi beneficiano oggi di una forma di istituzionalizzazione e di legittimazione grazie alla riforma del 2020 (2.2). Sebbene l'introduzione dell'*amicus curiae* possa pertanto essere considerata come un incentivo alla partecipazione da parte dei gruppi – o quanto meno di quelli senza scopo di lucro contemplati dalla norma – al fine di rafforzare l'apertura del giudizio costituzionale e la trasparenza della procedura, rimane tuttavia difficile misurarne l'impatto effettivo (3), sia in termini di contributo alla decisione (3.1) che alla luce degli effetti più ampi che essa può avere sulla legittimazione della Corte costituzionale e sulle relazioni di quest'ultima con la società (3.2).

---

<sup>3</sup> Riprendiamo la definizione adottata nella relazione finale del progetto *La QPC et les représentants d'intérêt: techniques d'influence et influences sur la technique* diretto da CHRISTELLE - COMBRADE - SÉNAC, online [https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2020-10/202010\\_qpc2020\\_synthese\\_picardie.pdf](https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/2020-10/202010_qpc2020_synthese_picardie.pdf). Cfr. anche PIETRILLO, *Democrazie e gruppi di pressione. Un quadro comparato*, in *Consulta OnLine*, 16/06/2020, 1 e, nella letteratura in lingua francese, E. GROSSMAN - SAURUGGER, *Les groupes d'intérêt. Action collective et stratégies de représentation*, Parigi, 2006; MEKKI (a cura di), *La force et l'influence normatives des groupes d'intérêt. Identification, utilité et encadrement*, Lextenso, Parigi, 2011, in particolare il contributo di LECERF, *L'identification des groupes d'intérêt*, 89.

<sup>4</sup> La delimitazione ai *gruppi* conduce poi a escludere altri tipi di soggetti che possano eventualmente farsi portatori di interesse collettivi, quali, da un lato, le persone fisiche e giuridiche, come le imprese, che, pur potendo occasionalmente diventare portatrici di interessi sovraindividuali, rappresentano nel giudizio in modo diretto e immediato i loro interessi soggettivi e, dall'altro, i soggetti pubblici.

<sup>5</sup> Fino all'introduzione dell'*amicus curiae* nel 2020, i gruppi di interesse non avevano alcun mezzo per partecipare a tale contenzioso. Da allora, sono stati pronunciati 26 decreti di ammissibilità dell'*amicus curiae*.

## 2. La progressiva apertura delle porte del giudizio costituzionale

Benché il diritto di agire in giudizio dei gruppi portatori di interessi collettivi sia soggetto a condizioni piuttosto rigide dinanzi al giudice ordinario italiano, questi dispongono di diverse vie per partecipare – direttamente o indirettamente – al controllo di costituzionalità. In primo luogo, possono costituirsi come parti, se hanno la qualità di parte in un processo nel momento in cui viene sollevata una questione di costituzionalità. Possono poi partecipare in modo informale offrendo un sostegno economico e/o materiale ad una delle parti attraverso il meccanismo della *sponsorship*<sup>6</sup>, spesso nell’ambito di contenziosi strategici creati sulla base di una strategia comune<sup>7</sup>, ma si tratta di una partecipazione impossibile da rilevare alla lettura della giurisprudenza. Inoltre, al di là delle vie di accesso formali previste dalle norme che disciplinano il contenzioso costituzionale, i gruppi di interesse sono riusciti a trovare una via di accesso informale per partecipare ai processi già avviati attraverso una forma di partecipazione che ricorda le “*portes étroites*” francesi (2.1). Se questi meccanismi avevano già consentito una certa azione dei gruppi di interesse sul processo costituzionale, a questi ultimi è stato dedicato un meccanismo di partecipazione a loro riservato, sotto forma di *amicus curiae* (2.2).

### 2.1. Dall’accesso (ristretto) dei gruppi di interesse in qualità di parti in causa alle “*portes étroites* all’italiana”

I gruppi di interesse che possono partecipare al contenzioso costituzionale in qualità di parti sono quelli ai quali la legge o la giurisprudenza riconoscono il diritto di agire in giudizio. Le norme che regolano il processo in Italia, sebbene profondamente radicate nel modello individualista costruito attorno alla difesa di situazioni giuridiche soggettive, sono state progressivamente rese più flessibili da evoluzioni normative e giurisprudenziali al fine di consentire ad alcuni gruppi di accedere alla giustizia in difesa di interessi collettivi e diffusi<sup>8</sup>. La prima categoria di formazione sociale a cui è stato riconosciuto dalla legge il diritto di difendere interessi collettivi davanti a un giudice è, come nell’esperienza francese, quella dei

---

<sup>6</sup> Sia consentito rinviare alla monografia che presenta i risultati della nostra ricerca dottorale: LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels français et italien*, Parigi, 2018, 258 ss.

<sup>7</sup> Un’azione di *sponsorizzazione* è spesso seguita da un atto processuale volto a formalizzare tale sostegno, in particolare tramite un intervento: cfr. in tal senso la questione sollevata da una dipendente in una controversia creata *ad hoc* e sostenuta dal sindacato CGIL con l’obiettivo di adire la Corte costituzionale per contestare una disposizione della riforma in materia di lavoro denominata *Jobs act*. Dopo il rinvio della questione di costituzionalità, il sindacato ha presentato un intervento dichiarato irricevibile: Corte cost. n. 194/2018.

<sup>8</sup> All’interno dell’ampia dottrina in materia, cfr. almeno: AA.VV., *Le azioni a tutela di interessi collettivi. Atti del Convegno di studio (Pavia, 11-12 giugno 1974)*, Padova, 1976; L. LANFRANCHI (a cura di), *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi e diffusi*, Torino, 2003.

sindacati. Questi ultimi sono autorizzati a stare in giudizio non solo in difesa dell'attività sindacale, ma anche in rappresentanza o a sostegno del lavoratore, in particolare nell'ambito di procedimenti in materia di discriminazione o di licenziamento abusivo<sup>9</sup>. La questione di legittimità costituzionale che ha portato ad una delle più importanti sentenze in materia di diritto di sciopero, ad esempio, era stata sollevata nell'ambito di una controversia relativa all'azione antisindacale perpetrata nei confronti di tre lavoratrici in sciopero, che opponeva i tre principali sindacati italiani ad un'impresa<sup>10</sup>. In quell'occasione, i sindacati avevano quindi potuto difendere dinanzi al giudice costituzionale la norma contestata dall'impresa. In diverse occasioni, i sindacati hanno così avuto modo di costituirsi nel giudizio costituzionale, in qualità di parti del giudizio *a quo*, ora per difendere la conformità di disposizioni favorevoli ai lavoratori e contestate dalle imprese<sup>11</sup> ora per contestare l'incostituzionalità (e ottenere l'annullamento) di disposizioni che limitano l'attività sindacale<sup>12</sup>. Un'altra categoria che beneficia dell'accesso al giudice in difesa di interessi diffusi o collettivi è quella delle associazioni di tutela dell'ambiente. Sotto l'impulso della dottrina e di alcune decisioni innovative della giustizia amministrativa<sup>13</sup>, alle associazioni per la tutela dell'ambiente è stato conferito il diritto di agire in giudizio sulla base di un meccanismo di legittimazione mediante decreto simile all'abilitazione per decreto in vigore in Francia<sup>14</sup>. Anche alle associazioni dei consumatori è stato concesso il diritto di agire in giudizio in determinati casi<sup>15</sup>, permettendo loro di sollevare questioni di

---

<sup>9</sup> In particolare, per licenziamento illegittimo del dipendente delegato sindacale, per discriminazione sessuale sul luogo di lavoro su procura del dipendente, per discriminazione collettiva nei confronti dei lavoratori extracomunitari (art. 18 dello Statuto dei lavoratori; art. 15 legge n. 903/1977; art. 42 legge n. 40/1998).

<sup>10</sup> Corte cost. n. 1/1974; per altri esempi in cui i sindacati hanno potuto difendere la conformità alla Costituzione delle disposizioni a garanzia dell'attività sindacale, cfr.: n. 244/1996 e n. 345/1996.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> Corte cost. n. 231/2013.

<sup>13</sup> Cfr. in particolare la sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 9 marzo 1973 n. 253, in cui il giudice amministrativo ha dichiarato ricevibile il ricorso dell'associazione ambientalista *Italia nostra*. Tale sentenza è stata annullata dalla Corte di cassazione per incompetenza giurisdizionale: Cass. it. Sezioni riunite, 8 maggio 1978 n. 2207.

<sup>14</sup> Tali autorizzazioni riguardano il diritto di denunciare fatti che possono costituire danni ambientali, il diritto di intervenire nelle controversie relative a tali danni e il diritto di chiedere al giudice amministrativo l'annullamento di atti che ledono l'ambiente: cfr. l'art. 18 della legge 8 luglio 1986 n. 349, commi 4 e 5. Lo stesso articolo precisa poi che le associazioni interessate sono quelle determinate ai sensi dell'art. 13 della stessa legge, vale a dire «[le] associazioni di protezione ambientale di carattere nazionale o quelle presenti in almeno cinque regioni» e «individuate con decreto del Ministero dell'ambiente sulla base delle finalità programmatiche e dell'ordinamento interno democratico previsti dallo statuto, nonché della continuità dell'azione e della sua rilevanza esterna previo parere del Consiglio nazionale per l'ambiente» (art. 13 comma 1).

<sup>15</sup> Legge 30 luglio 1998, n. 281. In precedenza, il decreto legislativo 25 gennaio 1992, n. 74, aveva previsto il diritto delle associazioni dei consumatori di agire in giudizio contro la pubblicità ingannevole.

costituzionalità o di partecipare al giudizio dinanzi alla Corte costituzionale in qualità di parte del giudizio *a quo*<sup>16</sup>.

Al di là di queste categorie, il diritto di agire in giudizio in difesa degli interessi che un gruppo promuove per statuto rimane un'eccezione nel diritto processuale italiano. Tuttavia, i giudici ordinari, e in particolare i giudici amministrativi, si sono dimostrati molto più flessibili in materia di intervento di terzi. Un'altra via di accesso al contenzioso costituzionale deriva quindi dalla situazione in cui un gruppo è preventivamente intervenuto come terzo dinanzi al giudice ordinario, acquisendo così lo status di parte nel giudizio *a quo* che gli consente di costituirsi dinanzi al giudice costituzionale se viene sollevata una questione<sup>17</sup>.

È questo un fattore che, se da un lato ha permesso di agevolare la partecipazione di enti portatori di interessi collettivi al giudizio, ha peraltro potuto portare a rappresentazioni sbilanciate degli interessi in conflitto dinanzi al giudice costituzionale, a causa delle differenze in merito alla valutazione dell'interesse ad intervenire nel giudizio *a quo*, in particolare da parte del giudice amministrativo. Quest'ultimo, infatti, adotta un approccio piuttosto liberale nei confronti degli interventi delle associazioni, ma solo quando questi siano presentati *ad adiuvandum*, a sostegno delle argomentazioni presentate dalla parte ricorrente. Pertanto, dal momento che i terzi ammessi a intervenire nel giudizio *a quo* possono successivamente partecipare al processo costituzionale, si può ritrovare dinanzi al giudice costituzionale una situazione nella quale un interesse è difeso da più attori (parti originarie del giudizio *a quo* e terzi intervenuti *ad adiuvandum*), senza che siano necessariamente presentate osservazioni a difesa degli altri interessi in conflitto. Questa situazione è illustrata da una delle controversie relative alle norme in materia di PMA eterologa. Diverse associazioni erano infatti intervenute a sostegno dei ricorrenti nel giudizio *a quo* e avevano quindi potuto costituirsi nel procedimento dinanzi alla Corte costituzionale, grazie all'intervento precedentemente effettuato<sup>18</sup>. La possibilità di riequilibrare la rappresentanza degli interessi in conflitto dinanzi al giudice costituzionale è difatti uno dei motivi che hanno portato a riaprire il dibattito sull'ampliamento del contraddittorio, che ha portato infine all'introduzione dell'*amicus curiae* nel 2020<sup>19</sup>.

Per molto tempo, infatti, il giudizio incidentale italiano non ammetteva né l'intervento di terzi né l'*amicus curiae*. Anche dopo l'introduzione dell'intervento di terzi<sup>20</sup>, gli unici interventi considerati ammissibili erano quelli basati sulla sussistenza di «un interesse qualificato direttamente inerente al rapporto

---

<sup>16</sup> Cfr. ad esempio Corte cost. n. 215/1998.

<sup>17</sup> Come previsto dall'art. 3 del regolamento interno.

<sup>18</sup> Corte cost. n. 150/2012.

<sup>19</sup> Sia consentito ancora rinviare a LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels français et italien*, Parigi, 2018, 305-306.

<sup>20</sup> Inizialmente in via giurisprudenziale, poi codificato all'art. 4 del regolamento interno della Corte nel 2004.

sostanziale dedotto in giudizio»<sup>21</sup>, secondo una valutazione restrittiva di tale criterio. In conformità con questa giurisprudenza consolidata, la Corte rifiutava sistematicamente qualsiasi intervento da parte di gruppi portatori di interessi collettivi che desideravano partecipare in nome del loro scopo statutario e di un interesse legato agli effetti generali del giudizio<sup>22</sup>. Che si trattasse di associazioni per la difesa dei diritti, comitati o associazioni costituiti per la difesa degli interessi dei loro membri, o ancora di ordini professionali, sindacati e altre associazioni professionali, la Corte riteneva che tali formazioni sociali non fossero «titolari di un interesse giuridicamente qualificato suscettibile di essere pregiudicato immediatamente ed irrimediabilmente dalla pronuncia» nella misura in cui «il rapporto sostanziale dedotto in causa concerne solo profili attinenti alla posizione dei soggetti privati parti del giudizio *a quo*»<sup>23</sup>.

Tuttavia, i gruppi di interesse non si sono accontentati dei criteri di accesso esistenti e hanno continuato a bussare alle porte del contenzioso costituzionale anche quando non erano invitati o benvenuti, fino a trovare un modo per insinuarsi nella stretta fessura delle porte del giudizio costituzionale. L'inammissibilità formale dei loro interventi, infatti, non ha impedito la partecipazione dei gruppi di interesse a procedimenti già avviati, ma ha invece lasciato spazio all'apparizione, al margine delle norme procedurali, di una prassi di «interventi officiosi» che ricorda quella delle *portes étroites* francesi<sup>24</sup>. La decisione sull'ammissibilità degli interventi veniva infatti pronunciata al momento della trattazione nel merito della questione, durante l'udienza pubblica o la discussione in camera di consiglio. Di conseguenza, nelle loro memorie, i terzi presentavano argomenti sia sulla base del loro interesse ad intervenire sia sul merito della questione di costituzionalità, che venivano così letti contestualmente dai giudici costituzionali. Inoltre, al margine del regolamento e al di fuori di qualsiasi quadro normativo, essi chiedevano di accedere agli atti processuali e,

---

<sup>21</sup> Tra le altre, Corte cost. ord. 251/2002, cit., e sent. n. 345/2005 e 96/2008, cit.

<sup>22</sup> Invero quest'approccio di chiusura ha conosciuto qualche eccezione nel corso degli anni Novanta in favore di associazioni di categoria (Ordini dei medici e degli avvocati, SIAE) o di enti comunque rappresentativi degli interessi dei propri membri (Congregazione dei Testimoni di Geova e Federazione italiana delle scuole materne). Su questa giurisprudenza, e in particolare sulle eccezioni ammesse a favore degli ordini professionali negli anni '90, si rimanda LECIS COCCO ORTU, *L'intervention dans le cadre du contrôle a posteriori della loi en droit français et italien*, in *Revue du Droit Public*, n. 2, 2013, 351, spec. 354-357. Più di recente, un'eccezione, che ha in qualche modo anticipato il cambio di passo della giurisprudenza, è costituita dall'intervento dell'UCPI nel giudizio conclusosi con la dec. n. 180/2018, su cui cfr. LECIS COCCO ORTU, *Sull'intervento dell'Unione delle Camere Penali nel giudizio di costituzionalità delle norme in materia di astensione degli avvocati: Verso un timido allargamento del contraddittorio agli enti esponenziali?*, in *Diritti Comparati Blog*, 18/9/2018.

<sup>23</sup> Corte cost. n. 76/2016.

<sup>24</sup> Sia consentito ancora rinviare alla monografia che presenta i risultati della ricerca dottorale: LECIS COCCO ORTU, *Les interventions des tiers porteurs d'intérêts collectifs dans les contentieux constitutionnels français et italien*, Parigi, 2018, 300.

per prassi, la cancelleria accoglieva tale richiesta<sup>25</sup>. L'accesso agli atti processuali consentiva ai terzi di presentare osservazioni sul merito della questione con piena conoscenza dei documenti del procedimento anche prima che il loro intervento fosse dichiarato ammissibile o, più spesso, inammissibile. Questo divario tra la norma e la prassi consentiva quindi che anche gli interventi dichiarati inammissibili potessero essere temporaneamente presi in considerazione fino alla decisione di inammissibilità, normalmente pronunciata durante l'udienza. Pertanto, la giurisprudenza in materia di inammissibilità degli interventi dei gruppi portatori di interessi, lungi da disincentivarli, ha finito per incoraggiare tali soggetti a presentare delle domande di intervento, con la consapevolezza che, nonostante il (prevedibile) rigetto della loro richiesta, le loro osservazioni sarebbero state lette e avrebbero potuto influenzare il ragionamento e la decisione dei giudici costituzionali<sup>26</sup>.

Nel corso degli anni, la Corte costituzionale ha ricevuto numerose richieste di intervento, in particolare da parte di organismi portatori di interessi collettivi. Da quando gli interventi sono stati istituzionalizzati nel regolamento interno nel 2004, i gruppi che rappresentano interessi collettivi sono stati all'origine di quasi la metà delle richieste di intervento presentate. Nel decennio precedente all'introduzione dell'*amicus curiae*, questa percentuale era addirittura aumentata e tali interventi erano diventati maggioritari, nonostante fossero, alla fine, sistematicamente dichiarati inammissibili. Allo stesso tempo, si è assistito ad un progressivo radicamento della cultura della *strategic litigation* e dell'utilizzo della via giudiziaria da parte di associazioni militanti come strumento per promuovere l'evoluzione del diritto, anche attraverso la via del giudizio costituzionale, creando così un terreno fertile propizio all'aumento di questo tipo di interventi. Infatti, se nelle questioni di micro-costituzionalità l'interesse dei terzi era quasi inesistente, ogni volta che la Corte era chiamata a pronunciarsi su una questione di portata generale riguardante temi di interesse sociale, riceveva numerosi interventi da parte di gruppi portatori di interessi collettivi. Ciò è illustrato dai casi in materia di PMA<sup>27</sup>, matrimonio tra persone dello stesso sesso<sup>28</sup>, questioni

---

<sup>25</sup> Almeno fino a una lettera inviata alla cancelleria dall'allora presidente della Corte Giorgio Lattanzi il 21 novembre 2018, in cui si chiedeva di porre fine a questa pratica di accesso agli atti prima della dichiarazione di ricevibilità degli interventi. Cfr. a questo proposito RUGGERI, *Nota minima a riguardo di una procedimentalizzazione anomala dell'intervento del terzo nei giudizi di costituzionalità*, in *Consulta OnLine*, n. 3, 2018, 616, che deplora il fatto che tale misura sia stata adottata con un atto informale di istruzione interna piuttosto che con una modifica del regolamento interno.

<sup>26</sup> È quanto lasciano intendere le dichiarazioni di diversi giudici costituzionali. Cfr. in particolare CARTABIA, *Qualche riflessione di un giudice costituzionale intorno al problema dell'intreccio tra diritto, scienza e tecnologia*, in *BioLaw Journal* n. 1, 2017, 9, dove l'allora giudice costituzionale, dopo aver espresso il rammarico per il fatto che i giudici costituzionali non possano ricevere «studi e ricerche da parte di persone competenti» tramite l'*amicus curiae*, precisa che, in realtà, tali osservazioni «non possono essere "versate agli atti", ovvero non possono entrare a far parte della documentazione ufficiale».

<sup>27</sup> Corte cost. nn.151/2009; 150/2012; 162/2014.

<sup>28</sup> Corte cost. nn. 138/2010; 76/2016.

ambientali<sup>29</sup>, assistenza medica al suicidio<sup>30</sup>, nonché in questioni più istituzionali, come quelle concernenti le modalità di esercizio del diritto di voto<sup>31</sup>. Questa situazione, dopo la grande attenzione che le era stata accordata nei primi anni 2000, aveva finito per essere dimenticata dalla dottrina prima di trovare un nuovo slancio negli ultimi anni. È così che la Corte ha finalmente affrontato la questione secondo un procedimento piuttosto inedito che ha preso la forma di un dialogo con la dottrina, culminato nell'organizzazione di un seminario di studi organizzato al Palazzo della Consulta alla fine del 2018<sup>32</sup>, cui ha fatto seguito la modifica del regolamento interno nel gennaio 2020. È quindi opportuno analizzare più in dettaglio le sfide di questa «apertura alla società civile» attraverso l'introduzione dell'*amicus curiae*.

## 2.2. L'introduzione dell'*amicus curiae*: un'apertura riservata ai gruppi non lucrativi

Con una decisione dell'8 gennaio 2020, la Corte costituzionale ha modificato il proprio regolamento interno introducendo numerose novità, tra cui lo strumento procedurale che consente la partecipazione dei rappresentanti di interessi al contenzioso costituzionale, ovvero l'*amicus curiae*<sup>33</sup>. Introdotto all'art. 4 del regolamento, poi diventato art. 6, l'*amicus curiae* costituisce una forma di partecipazione riservata alle «formazioni sociali senza scopo di lucro e [ai] soggetti istituzionali, portatori di interessi collettivi o diffusi attinenti alla questione di costituzionalità» (che includono quindi i sindacati e le organizzazioni professionali e padronali) che possono presentare per iscritto osservazioni «utili alla conoscenza e alla valutazione del caso, anche in ragione della sua complessità»<sup>34</sup>.

---

<sup>29</sup> Corte cost. n. 85/2013.

<sup>30</sup> Corte cost. n. 207/2018.

<sup>31</sup> Corte cost. n. 35/2017.

<sup>32</sup> Tra le altre cose, è stata discussa l'esperienza francese degli interventi e delle porte strette: si vedano gli atti di questa giornata, e in particolare i contributi di GROPPI, LECIS COCCO ORTU, PARODI e PASQUINO, in AA.VV., *Interventi di terzi e 'amici curiae' nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre Corti nazionali e sovranazionali*, Milano, 2020. Su questo incontro organizzato dalla Corte con la dottrina si rimanda a LECIS COCCO ORTU, *Amici curiae et contrôle de constitutionnalité: la Cour constitutionnelle italienne relance le débat*, in *La lettre d'Italie*, n. 13-14/2019, p. 14.

<sup>33</sup> La decisione dell'8 gennaio 2020 apporta in realtà tre modifiche importanti al regolamento interno. Innanzitutto, ha codificato la giurisprudenza costante sull'intervento di terzi nel contenzioso incidentale, limitando tale accesso ai terzi titolari di un interesse soggettivo direttamente collegato al processo a *quo*, in modo da escludere gli interventi di gruppi di interesse il cui interesse ad intervenire sarebbe legato agli effetti generali della decisione. A questi ultimi è stata aperta una nuova via di partecipazione, sotto forma di *amicus curiae*. Infine, è stata introdotta l'audizione di esperti.

<sup>34</sup> Art. 6 della nuova versione delle N.I.

La presentazione di un *amicus curiae brief* diventa quindi una modalità di partecipazione distinta dall'intervento del terzo, riservata ai gruppi e attraverso la quale il gruppo non diventa parte, non accede al contraddittorio e non partecipa all'udienza<sup>35</sup>. La Corte si è mostrata da subito attenta a sottolineare la differenza tra i due meccanismi di partecipazione. In diverse decisioni, ha difatti precisato che l'introduzione dell'*amicus curiae* non ha alcun effetto sulla ricevibilità degli interventi di terzi<sup>36</sup>, poiché «la ratio dell'intervento nel giudizio costituzionale è [...] radicalmente diversa da quella sottesa al deposito di opinioni in qualità di *amici curiae*», in quanto la ragione che giustifica l'ammissibilità di questi ultimi risiede nella loro capacità di «offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso»<sup>37</sup>.

Questa capacità di contributo al ragionamento è quindi messa in evidenza nella giurisprudenza sull'ammissibilità. Al di là dei criteri formali imposti (termine di deposito e lunghezza massima), la Corte valuta l'ammissibilità delle osservazioni degli *amici* sulla base dell'oggetto sociale previsto dallo statuto dell'associazione o dell'organo istituzionale. È a questo titolo che le osservazioni di un'associazione culturale non sono state ammesse in una causa in materia di urbanistica in quanto, alla luce del suo oggetto sociale, essa non era «portatrice di interessi inerenti alle questioni di costituzionalità sollevate» e non era quindi in grado di «offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione della causa»<sup>38</sup>. Al contrario, in diverse decisioni la Corte ha esplicitamente fondato l'ammissibilità di un *amicus curiae*, seppur con una formula tautologica, sulla sua capacità di «offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione della causa»<sup>39</sup>.

### 3. Un primo bilancio quantitativo e qualitativo dell'apporto della riforma, tra effetti infra-processuali e extraprocessuali

Da un punto di vista quantitativo, l'analisi della giurisprudenza di questi primi cinque anni testimonia una pratica in piena espansione. Al 31 dicembre 2024, il numero di decreti del Presidente<sup>40</sup> che hanno dichiarato ammissibili le osservazioni di un *amicus curiae* era pari a 152 (di cui 28 su casi non ancora decisi al 31 dicembre 2024), con un tasso di presentazione di *amici curiae* che si attesta

---

<sup>35</sup> Su tale impostazione a “doppio binario” e sulle proposte dottrinali che l'avevano evocato, cfr. GROPPi, *Interventi di terzi e amici curiae: dalla prospettiva comparata uno sguardo sulla giustizia costituzionale in Italia*, in AA.VV., *Interventi di terzi e 'amici curiae' nel giudizio di legittimità costituzionale delle leggi, anche alla luce dell'esperienza delle altre Corti nazionali e sovranazionali*, Milano, 2020, 18.

<sup>36</sup> Corte cost. n. 37/2020, seguita dalla 202/2020.

<sup>37</sup> Questa formula si ritrova in particolare nelle decisioni nn. 121, 221 e 259/2022.

<sup>38</sup> Corte cost. n. 217/2022.

<sup>39</sup> Corte costituzionale n. 67/2022, citata da nn. 121/2022, 221/2022 e 259/2022.

<sup>40</sup> L'ammissibilità delle opinioni degli *amici curiae* è decisa con decreto del Presidente della Corte, pubblicato sul sito.

a quasi il 10% sul totale delle decisioni<sup>41</sup>. La maggior parte dei decreti sono stati emessi in sede di controllo incidentale, per un totale di 124, contro 26 nel controllo principale e 2 nei conflitti di attribuzione. Nel tentativo di tracciare un ritratto degli “amici della Corte”, è possibile notare che tra essi si trovano associazioni di categoria, così come associazioni per la tutela dell’ambiente, la difesa dei diritti dei migranti, dei detenuti, delle persone LGBTI, del diritto di difesa, dei diritti culturali, o ancora associazioni di comuni e federazioni sportive. I gruppi di interesse economico o professionale e le associazioni di lotta o di tutela dei diritti sono presenti in egual proporzione nel periodo esaminato. A questi si aggiungono interventi più sporadici delle associazioni dei comuni (l’associazione nazionale o le sezioni locali, in 7 questioni) e delle federazioni sportive (in 2 questioni). Da un punto di vista qualitativo, è difficile misurare l’impatto di questa partecipazione, poiché i riferimenti espliciti agli *amicus curiae briefs* nelle motivazioni delle decisioni sono piuttosto rari. Tuttavia, sebbene la loro influenza sul ragionamento alla base delle singole decisioni rimanga difficile da valutare, non è questo l’unico effetto ricercato e prodotto dal rafforzamento della partecipazione tramite l’*amicus curiae*. Sebbene il regolamento interno e la giurisprudenza riconoscano il potenziale contributo dei gruppi di interesse al trattamento della questione, gli effetti della loro partecipazione al controllo di costituzionalità non possono essere valutati esclusivamente dal punto di vista del loro contributo argomentativo alla decisione.

È difatti possibile distinguere tra effetti infra-processuali – rappresentati dal contributo a ciascuna decisione singolarmente considerata – e gli effetti extraprocessuali, che riguardano il recepimento dell’insieme delle sue decisioni, l’accettazione di queste ultime e, in definitiva, la legittimazione dell’attività della Corte<sup>42</sup>.

Per quanto riguarda i primi, è indubbio, e ciò è stato confermato da diversi giudici costituzionali, che la partecipazione dei gruppi in qualità di *amici curiae* possa contribuire alla formazione della decisione grazie all’apporto di elementi giuridici e fattuali utili alla comprensione delle questioni in gioco. Tuttavia, sebbene tale utilità sia stata riconosciuta in alcuni casi specifici, i riferimenti approfonditi alle argomentazioni degli *amici curiae* nelle motivazioni delle decisioni rimangono rari (3.1). L’utilità dell’istituzionalizzazione degli *amici curiae* deve quindi essere ricercata anche negli effetti extraprocessuali che tale ampliamento della partecipazione può produrre, che si esercitano sul rafforzamento della trasparenza del procedimento e dell’apertura alla società, con implicazioni ambivalenti sull’accettazione delle decisioni e sulla legittimazione del giudice costituzionale (3.2).

---

<sup>41</sup> Tenendo presente che la Corte ha emesso nello stesso periodo circa 1300 decisioni, di cui 745 nell’ambito del controllo incidentale, e che diversi decreti di ammissibilità possono riguardare cause riunite in un unico procedimento.

<sup>42</sup> Si tratta della distinzione che abbiamo proposto nel volume sopra citato, in particolare 311 ss.

### 3.1. Un'influenza poco visibile sulle motivazioni delle decisioni

Le osservazioni di terzi in qualità di *amici curiae* possono contribuire alla formazione della decisione grazie all'apporto di informazioni fattuali, quali dati statistici o scientifici, nonché di qualsiasi elemento concreto utile alla comprensione delle questioni in gioco, che la dottrina americana raggruppa sotto la definizione di *legislative facts*<sup>43</sup>. Possono anche fornire elementi giuridici, nella forma di ulteriori argomenti a sostegno dei motivi di ricorso<sup>44</sup> ovvero di interpretazioni della norma-oggetto e della norma-parametro<sup>45</sup>. Come in altre esperienze straniere<sup>46</sup>, le opinioni degli *amici curiae* possono anche apportare argomenti basati sul diritto comparato<sup>47</sup>.

Tuttavia, sebbene le tecniche interpretative e decisionali della Corte costituzionale consentano di tenere conto di elementi fattuali, in particolare nell'ambito del controllo incidentale che presenta un carattere più spiccatamente concreto rispetto al controllo *a posteriori* francese<sup>48</sup>, essi sono ancora molto spesso presi in considerazione solo in modo implicito. I riferimenti alle argomentazioni degli *amici curiae* nel corso di questi cinque anni confermano questa constatazione, poiché le citazioni esplicite di argomenti fattuali nella motivazione delle decisioni rimangono piuttosto rare, ma non per questo trascurabili.

Tra queste, ad esempio, nella decisione relativa all'ergastolo ostativo, troviamo riferimenti ai dati statistici presentati da un'associazione intervenuta per contestare «la presunzione secondo cui le persone condannate all'ergastolo che non collaborano [con l'autorità giudiziaria] sarebbero soggetti pericolosi

---

<sup>43</sup> DAVIS, *An Approach to Problems of Evidence in Administrative Process*, in *Harvard Law Review*, 1942, n. 5, 364. Come noto, tale distinzione è stata importata nella dottrina italiana da BIN, *Atti normativi e norme programmatiche*, Milano, 1998, spec. 333 e, in Francia, da PARDINI, *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France*, Paris-Aix-en-Provence, 2001.

<sup>44</sup> Senza tuttavia poter ampliare il *thema decidendum* con nuovi mezzi e conclusioni (dec. n. 247/2022).

<sup>45</sup> Cfr. i riferimenti della Corte costituzionale italiana alle argomentazioni degli *amici curiae* in Corte cost. nn. 3/2021, 63/22, 67/22, 121/2022, 221/2022.

<sup>46</sup> VAN DEN EYNDE, *Interpreting Rights Collectively, Comparative Arguments in Public Interest Litigants' Briefs on Fundamental Rights Issues*, tesi discussa presso l'Università Saint-Louis - Bruxelles, 2015, liberamente accessibile all'indirizzo <http://droit-public.ulb.ac.be/wp-content/uploads/2015/12/introductorychapterthesisLVDE.pdf>, spec. 113 s.; TIRIO, *Due ragioni per l'ingresso dei terzi davanti alla Corte costituzionale: il sapere extragiuridico e il diritto straniero e internazionale*, in *Studi senesi*, 2009, p. 167.

<sup>47</sup> Ad esempio, le osservazioni presentate dall'associazione *Rete Lenford, Avvocatura per i diritti LGBTI*, sulla questione relativa alla rettifica del sesso indicato all'anagrafe decisa con la dec. n. 143/2024, documentavano in modo molto ricco il panorama del diritto straniero. Tuttavia, tali riferimenti non si ritrovano nella decisione.

<sup>48</sup> In tal senso, l'analisi di PARDINI, *Le juge constitutionnel et le "fait" en Italie et en France*, cit. rimane ancora attuale.

anche molto tempo dopo l'inizio dell'esecuzione della pena»<sup>49</sup>. Ancora, si possono leggere dei riferimenti ad argomenti fattuali presentati dagli *amici* nella decisione n. 234/2022, riguardanti informazioni sul regime pensionistico dei giornalisti e le possibili conseguenze economiche del divieto di cumulo di attività, o ancora nella decisione n. 143/2024, in cui viene citata un'indagine condotta su persone non binarie sulla percezione negativa del binarismo di genere nell'ordinamento giuridico italiano<sup>50</sup>.

Leggermente più frequenti sono i riferimenti agli argomenti giuridici. Tra questi, sono soprattutto gli argomenti presentati dalle organizzazioni professionali e di categoria a trovare spazio nella motivazione, sia nella parte "in fatto" sia, in alcuni casi, anche nella parte "in diritto" della decisione. Possono essere richiamati, a titolo di esempio, gli argomenti presentati dall'associazione degli avvocati fiscalisti, presi in considerazione ai fini del rigetto della questione<sup>51</sup>, o quelli dell'associazione di coordinamento degli ospedali privati, citati e accolti per dichiarare incostituzionale la disposizione<sup>52</sup>. Talvolta, anche le associazioni per la difesa dei diritti vedono citati i propri argomenti giuridici: così, nella decisione n. 18/2022, gli argomenti dell'associazione *Italia Stato di diritto* sono stati utilizzati a sostegno della dichiarazione di parziale incostituzionalità della disposizione per violazione del diritto di difesa nella corrispondenza tra avvocato e cliente. Talvolta, poi, la Corte sottolinea il contributo degli *amici*, ma senza citare esplicitamente gli argomenti o gli elementi che sarebbero stati presi in considerazione. Così, in due decisioni del 2022, la Corte osserva che le osservazioni relative al quadro normativo e giurisprudenziale di riferimento presentate dall'ASGI, Associazione per gli studi giuridici sull'immigrazione, sono state molto utili per la valutazione della questione<sup>53</sup>.

L'analisi qualitativa delle motivazioni suggerisce quindi che, sebbene il giudice costituzionale italiano abbia sottolineato più volte nel corso di questi cinque anni che la ragione che giustifica la partecipazione degli *amici curiae* sarebbe la loro capacità di «offrire elementi utili alla conoscenza e alla valutazione del caso»<sup>54</sup>, l'apporto di elementi di conoscenza non è forse l'unico obiettivo perseguito mediante la procedura dell'*amicus curiae*. Rispetto al Consiglio costituzionale francese, peraltro, la Corte costituzionale può contare su condizioni (assenza di termini per la decisione, presenza di assistenti per ogni

---

<sup>49</sup> Corte cost. n. 97/2021. La Corte cita anche l'opinione presentata da un'altra associazione sui diversi motivi che possono indurre una persona condannata a non collaborare con l'autorità giudiziaria. Inoltre, nella decisione n. 259/2022, la Corte fa riferimento alle osservazioni relative ai prezzi delle concessioni presentate dalla federazione delle imprese energetiche.

<sup>50</sup> Oppure nella decisione n. 259/2022, in merito ai prezzi delle concessioni presentati dalla federazione delle imprese energetiche.

<sup>51</sup> Corte cost. n. 39/2021.

<sup>52</sup> Corte cost. n. 228/2022.

<sup>53</sup> Corte cost. nn. 67/2022 e 247/2022.

<sup>54</sup> Corte cost. nn. 278/2021, 67/2022, citata anche da 121/2022, 221/2022 e 259/2022.

giudice e maggiore numero di collaboratori giuridici coinvolti nell'istruzione dei giudizi) che le consentono di acquisire in modo autonomo le informazioni fattuali utili<sup>55</sup>. Il fatto di aver fissato un limite di 25.000 caratteri per le memorie presentate dagli *amici* dimostra inoltre che la Corte non desidera ricevere opinioni troppo lunghe e dettagliate<sup>56</sup>. Questi elementi suggeriscono che l'interesse della Corte nei confronti dell'apertura a tali contributi esterni si basi non soltanto sul loro effettivo contributo argomentativo alla singola decisione, ma anche sulla ricerca dei loro effetti extraprocessuali, vale a dire su ciò che accade prima, dopo e al di fuori della decisione, e che concerne la percezione della sua attività giurisdizionale e l'accettazione della sua giurisprudenza.

### **3.2. Un approccio dialogico in grado di contribuire alla legittimazione della giustizia costituzionale**

Gli effetti extraprocessuali della partecipazione degli *amici* non dipendono tanto dalle informazioni che si acquisiscono, quanto dal modo in cui le si acquisiscono e dal modo in cui se ne rende conto.

Una delle ragioni esplicitamente addotte dalla Corte costituzionale italiana per giustificare l'introduzione degli *amici curiae* consiste nella volontà di assumere un approccio di «apertura alla società civile», come testimonia il comunicato stampa che ha annunciato la modifica del regolamento interno<sup>57</sup>.

Il giudice costituzionale sembra quindi condividere le considerazioni di una parte della dottrina secondo cui la partecipazione degli *amici curiae* al controllo di costituzionalità non è utile solo per il supporto informativo offerto alla formazione della decisione, ma anche per il pluralismo apportato al procedimento, in quanto consente una più ampia rappresentanza degli interessi in gioco attraverso l'illustrazione dei diversi punti di vista su tali interessi. La presentazione di tali argomenti in sede di intervento diventa quindi importante, non solo per l'aiuto effettivamente offerto al giudice, ma anche e soprattutto per

---

<sup>55</sup> In linea con quanto osservato in altri sistemi di controllo di costituzionalità concentrato, e contrariamente ai meccanismi di controllo diffuso tipici dei sistemi di *common law*, il contributo fattuale ha una funzione complementare e secondaria rispetto all'acquisizione di informazioni attraverso l'istruttoria condotta in modo autonomo dai giudici costituzionali (in via ufficiale o officiosa): GROPPI, *Faits et preuves dans le contrôle de constitutionnalité de lois: la formalisation des pouvoirs d'instructions des Cours constitutionnelles européennes*, in GAY - SEVERINO (sous la direction de), *Faits et preuves dans le contrôle de la constitutionnalité de la loi*, Bruxelles, 113; PONTTHOREAU, *Les pouvoirs d'instruction des juridictions constitutionnelles. Observations comparatives*, in *Les Cahiers de l'Institut Favoreu*, 2016, 19.

<sup>56</sup> Anche se questa disposizione sembra essere interpretata con una certa flessibilità, in modo da consentire l'invio di allegati non compresi nel limite di caratteri: cfr. PEDULLÀ, "*Amicus curiae*" ed "esperti" nella prassi del processo costituzionale: luci ed ombre, in *Federalismi.it*, n. 2, 2023, 151 s. L'autore suggerisce tuttavia la soppressione o un aumento di tale limite.

<sup>57</sup> Comunicato stampa dell'11 gennaio 2020 intitolato «La Corte si apre all'ascolto della società civile»: [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC\\_CS\\_20200111093807.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/comunicatistampa/CC_CS_20200111093807.pdf)

la possibilità offerta ai destinatari della decisione di partecipare al processo di adozione della stessa. Una procedura aperta può quindi rafforzare la legittimità della giurisdizione costituzionale in quanto contribuisce all'accettazione delle sue decisioni da parte dei destinatari, mettendoli in condizione di sapere che le loro posizioni sono state ascoltate.

Ciò risulta utile in particolare quando il giudice costituzionale deve pronunciarsi su questioni etiche o di particolare interesse per l'opinione pubblica, poiché una decisione può risultare più comprensibile e accettabile se dimostra che le diverse posizioni esistenti all'interno della società hanno potuto essere espresse e prese in considerazione, anche se non necessariamente accolte.

Non si tratta di trasformare il contenzioso costituzionale in un luogo di deliberazione democratica, ma di rendere visibile l'espressione delle diverse concezioni e interpretazioni delle questioni di costituzionalità trattate. Il giudice costituzionale italiano ha così potuto pronunciarsi sullo status dei bambini nati da maternità surrogata o da PMA all'estero al termine di un procedimento che ha visto la partecipazione di *amici curiae* a difesa dei diversi diritti e interessi in conflitto<sup>58</sup>. Questo obiettivo di rendere comprensibile e accettabile la decisione è tanto più evidente quando la Corte fa esplicito riferimento alle argomentazioni dell'*amicus*, anche se per confutarle<sup>59</sup>, come dimostrato dalla decisione sulla delicata questione della costituzionalità delle misure di risarcimento delle vittime dei crimini perpetrati dal Terzo Reich<sup>60</sup>. Dichiarando non fondata la questione, in una decisione che si articola su un ragionamento in delicato equilibrio tra diplomazia, argomentazione giuridica ed efficacia, la Corte respinge gli argomenti delle parti e di un'associazione di vittime dei crimini di guerra nazisti intervenuta in qualità di *amicus curiae*. Tuttavia, la voce di quest'ultima è espressamente presa in considerazione nella motivazione, al fine di riconoscere «il percorso intrapreso dall'azione giudiziaria promossa [...] per il riconoscimento del risarcimento dei danni subiti a causa della deportazione nei campi di sterminio sino alla sentenza n. 238 del 2014 di questa Corte, il cui esempio, quale “scelta giusta” anche sul piano morale, si evidenzia, è stato seguito anche da altre decisioni di Corti nazionali (da ultimo, la Corte costituzionale ucraina per i crimini russi commessi sul territorio ucraino dall'anno 2014)»<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> Corte cost. dec. nn. 32/2021 e 33/2021.

<sup>59</sup> È quanto ha fatto la Corte nella prima decisione emessa a seguito della presentazione di un *amicus*, citando in modo piuttosto dettagliato le argomentazioni dell'associazione autrice dell'opinione, per poi affermare che «[p]ur avendo attentamente vagliato i molti argomenti offerti dalle ordinanze di rimessione, dalle parti costituite e dall'*amicus curiae*, anche nelle discussioni svolte in udienza, la Corte non ritiene di dover pervenire a tale conclusione»: Corte cost. n. 260/2020. Tuttavia, in seguito questo tipo di riferimento è diventato più raro.

<sup>60</sup> Corte cost. n. 159/2023. La questione rientrava nel contesto di una saga giudiziaria transnazionale e di una crisi diplomatica con la Germania, a causa della violazione dell'immunità di tale Stato. Tali misure alternative all'esecuzione sui beni stranieri erano state quindi adottate, nel 2022, per rendere il diritto italiano conforme al rispetto dell'immunità internazionale degli Stati stranieri.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

#### 4. Spunti conclusivi: la Corte, la società e il contesto

Gli effetti di questa riforma, annunciata dalla Corte come un'apertura alla società civile, devono essere analizzati alla luce di un contesto in cui la Corte si trova sempre più spesso a dover decidere su questioni sociali delicate che attirano grande attenzione da parte dell'opinione pubblica. Non è un caso che questa modifica del regolamento arrivi in un momento in cui la Corte costituzionale italiana sembra procedere a un riposizionamento del proprio ruolo nel contesto istituzionale<sup>62</sup>. Dopo un periodo, tra la fine degli anni Novanta e il primo decennio del Duemila, in cui la Corte aveva adottato un approccio di *self-restraint*, caratterizzato da una grande deferenza nei confronti del legislatore e dalla volontà di non intervenire su questioni al centro del dibattito pubblico, oggi la Corte è tornata a un approccio più attivista. L'introduzione dell'*amicus curiae* si inserisce d'altronde in un contesto di rafforzamento dell'approccio di apertura di più ampia portata, che si riflette non solo sul giudizio costituzionale, ma anche sulle attività extragiudiziali della Corte e in particolare sulla sua comunicazione<sup>63</sup>; cambiamenti che hanno come filo conduttore la volontà di apertura, trasparenza e relazione bidirezionale con la società.

In tale ottica, l'apertura agli *amici curiae*, nella misura in cui consente un maggiore pluralismo e una maggiore trasparenza nella procedura di controllo di costituzionalità delle leggi, può senz'altro partecipare a quella re-legittimazione continua, necessaria all'attività della Corte<sup>64</sup>. Tuttavia, essa può altresì costituire uno strumento a doppio taglio, a causa dei rischi legati alla possibile politicizzazione del giudizio e ad un'eccessiva esposizione alle pressioni degli enti portatori di interessi e della società civile.

Da un lato, aprendo la porta agli *amici curiae*, il giudice costituzionale può essere trascinato nell'agone politico<sup>65</sup>, con una riproduzione – nel giudizio

---

<sup>62</sup> Parlano di «riposizionamento» TEGA, *La Corte nel contesto*, Bologna, 2020 e GROPPI, *Il riaccentramento nell'epoca della ri-centralizzazione*, in *Federalismi.it*, n. 3, 2021, 128.

<sup>63</sup> Gran parte della dottrina ha sottolineato il legame tra i due temi: cfr. in particolare A. SPERTI, *Alcune riflessioni sull'apertura della Corte alla società civile nella recente modifica delle Norme integrative*, in *Consulta OnLine*, 23 marzo 2020; in francese, ci permettiamo di rimandare a LECIS COCCO ORTU, *La communication de la Cour constitutionnelle italienne: l'ambition de mieux communiquer pour mieux remplir son rôle*, di prossima pubblicazione in *Revue française de droit constitutionnel*, n. 144, 2025.

<sup>64</sup> In una prospettiva comparata, è stato osservato che le nuove esigenze dei giudici in termini di informazione e legittimazione che portano all'apertura del processo sono la conseguenza di una certa evoluzione della «funzione di giudicare» che, sebbene in misura diversa, porta i giudici ad essere sempre più chiamati a pronunciarsi su questioni che li invitano ad un'azione interpretativa di codeterminazione della norma, in particolare in materia di diritti fondamentali. Su questi aspetti e sul fondamento «democratico» dell'*amicus curiae*, cfr. anche FARBER, *The Amicus Curiae Phenomenon*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 2019, 19 ss. e 37 ss.

<sup>65</sup> Nel dibattito relativo alla Corte costituzionale italiana, si veda in particolare la posizione di LUCIANI, *L'incognita delle nuove norme integrative*, in *Rivista AIC*, 2020, 402. L'autore, che in seguito sarà nominato giudice costituzionale, sottolineava che la formulazione ampia della disposizione avrebbe potuto aprire la porta alle osservazioni da parte di partiti e movimenti politici, aggirando

costituzionale – dei conflitti propri del dibattito politico e della procedura legislativa<sup>66</sup>. È quindi essenziale che, nella ricerca di un certo pluralismo delle voci nel dibattito sulla conformità costituzionale della legge, la Corte non ceda alla tentazione di cercare un consenso popolare a sostegno della decisione. D'altra parte, la partecipazione di gruppi di interesse in qualità di *amici curiae* potrebbe sottoporre il controllo di costituzionalità all'influenza delle *lobby*. Senza voler fare distinzioni tra tipi di *lobby* «buone» e «cattive», tra attività di influenza più o meno auspicabili, una questione molto dibattuta, sia in Italia che in Francia, è quella di sapere se l'*amicus curiae* non rischi di costituire essenzialmente uno strumento di pressione a vantaggio delle *lobby* economiche. A tal proposito, la scelta della Corte costituzionale di riservare la via dell'*amicus* agli enti istituzionali e non lucrativi costituisce senza dubbio una precauzione utile, per quanto non infallibile, per evitare un'appropriazione del giudizio da parte di *lobby* economiche. L'analisi empirica mostra peraltro che, sebbene gli interessi economici siano certamente rappresentati, non si rileva alcun impossessamento dello strumento da parte dei soli gruppi di interesse economico o professionale. Al contrario, come osservato in altre esperienze straniere, l'*amicus curiae* sembra poter costituire uno strumento per «riequilibrare» la rappresentanza degli interessi in gioco dinanzi al giudice costituzionale, di fronte al peso significativo esercitato dagli interessi economici a seguito della maggiore presenza delle *lobby* economiche nell'iniziativa giudiziaria (e nell'attività di *lobbying* sui decisori politici...)<sup>67</sup>. Inoltre, l'istituzionalizzazione costituisce un vantaggio in quanto apporta trasparenza a procedimenti che escono così dalla zona grigia, consentendo di conoscere, se non gli argomenti in dettaglio, almeno quali voci hanno potuto essere ascoltate nel giudizio<sup>68</sup>.

La sfida che la Corte deve affrontare consiste dunque nel trovare il giusto equilibrio tra l'esigenza di tenere conto in una certa misura delle voci dei gruppi

---

così l'assenza di ricorso costituzionale parlamentare. A tal proposito, si noti che ad oggi nessuna *opinio* depositata da un partito politico risulta essere stata ammessa, anche se in almeno un'occasione vi è stato un tentativo (si tratta dell'*amicus curiae* brief presentato dal Movimento Nuova Italia Unita dichiarato inammissibile: A. AMATO, *Amici ... a metà. Primo bilancio dell'“ingresso” degli Amici curiae nel giudizio di costituzionalità*, in *Consulta OnLine*, 3, 2021, 805 ss.

<sup>66</sup> MARCENÒ, *La solitudine della Corte costituzionale dinanzi alle questioni tecniche*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, 393. Si veda altresì D'ATENA, *Sul radicamento della Corte costituzionale e sull'apertura agli «amici curiae»*, in AA. VV., *Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, vol. III, Genova, 23 ss.

<sup>67</sup> VAN DE EYNDE, *Interpreting Rights Collectively*, cit., 81 s.; SONGER - KUERSTEN et AL., *Why the Haves Don't Always Come out Ahead: Repeat Players Meet Amici Curiae for the Disadvantaged*, in *Political Research Quarterly*, 2000, 547; MAAMOURI, *L'amicus curiae et la motivation des décisions des cours suprêmes américaine et canadienne*, in HOURQUEBIE - PONTHEAU (sous la direction de), *La motivation des décisions des cours suprêmes et cours constitutionnelles*, Bruxelles, 2012, 117; MARTENS, *Du danger pour un juriste de lire un sociologue*, in AA.VV., *Penser la négociation – Mélanges en hommage à Olgierd Kutry*, Bruxelles, 2008, 155; VERDUSSEN, *Le secteur associatif devant la Cour constitutionnelle*, in AA.VV., *Liber Amicorum Francis Haumont*, Bruxelles, 2015, 1087.

<sup>68</sup> PONTHEAU, *Principe de transparence et justice constitutionnelle. Observations comparatives*, in AA.VV., *L'intérêt général. Mélanges en l'honneur de Didier Truchet*, Parigi, 2015, 529 s.

portatori di interessi diversi all'interno della società civile e la necessità di condurre un ragionamento giuridico che non si basi né sul consenso maggioritario né su una logica di risoluzione dei conflitti di tipo politico, rimanendo quindi indipendente da qualsiasi pressione politica, lobbistica o mediatica. Questi rischi, certamente esistenti, non sono il risultato dell'istituzionalizzazione dell'apertura agli enti esponenziali consentita dall'apertura all'*amicus curiae*. La trasparenza della procedura, a condizione che si rifletta nella motivazione, rappresenta una delle migliori garanzie contro il rischio di strumentalizzazione politica.

## IL PRINCIPIO DI SOLIDARIETÀ NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE COSTITUZIONALE: EFFETTIVITÀ E LIMITI DI UN PRINCIPIO FONDATORE DEL COSTITUZIONALISMO ITALIANO<sup>°\*</sup>

**Anna Maria Lecis Cocco Ortu**

*Professoressa Associata di Diritto pubblico  
Sciences Po Bordeaux*

*L'articolo intende presentare, in una prospettiva di sistematizzazione fondata su alcune decisioni emblematiche, la giurisprudenza costituzionale in materia di solidarietà, illustrandone le diverse applicazioni e i limiti che tale principio incontra. In un primo tempo, dopo aver ricordato le origini dell'enucleazione di tale principio nella nostra Costituzione, il contributo mostra come, lungi dal costituire un mero proclama politico, tale principio ha potuto essere concretamente applicato a fondamento di importanti pronunce costitutive del costituzionalismo italiano. Una seconda parte si attarda tuttavia su una certa impotenza del giudice costituzionale dinanzi all'erosione di tale principio da parte del legislatore, in particolare davanti a situazioni di cosiddetta crisi. Su una nota ottimista, l'analisi si chiude con esempi di "resistenza" del giudice costituzionale, a difesa di un nucleo essenziale del principio, che potrebbero tuttavia essere insufficienti a fronte delle enormi sfide poste da una società marcata da profonde disuguaglianze non solo di natura economica.*

*This article aims to present, from a systematic perspective based on emblematic decisions, the Italian constitutional case law on solidarity, illustrating its various applications and the limits that this principle encounters. First, after recalling the origins of this principle in our Constitution, the article shows how, far from being a mere political proclamation, this principle has been applied in practice as the basis for important rulings that have shaped Italian constitutionalism. However, the second part dwells on the constitutional court's relative powerlessness in the face of the erosion of this principle by the legislature, particularly in situations of so-called crisis. On an optimistic note, the analysis concludes with examples of 'resistance' by the constitutional court in defense of the core of the principle, which may nevertheless be insufficient in the face of the enormous challenges posed by a society marked by profound inequalities, not only of an economic nature.*

### **Sommario:**

- I. Un principio concretamente utilizzato quale elemento fondamentale del costituzionalismo italiano
  - A. I doveri di solidarietà come fondamento di una forma di "cittadinanza"
  - B. L'accesso ai "diritti inderogabili" come corollario del principio di solidarietà
- II. L'impotenza della giurisprudenza dinanzi all'erosione della solidarietà in alcuni ambiti delicati delle politiche pubbliche
  - A. La solidarietà sacrificata sull'altare dei vincoli di bilancio
  - B. Il *self-restraint* della Corte di fronte alle scelte politiche in materia di flussi migratori

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

<sup>\*</sup> L'articolo costituisce la versione italiana rielaborata di una relazione tenuta in occasione del convegno internazionale *La Constitution italienne vue de France à l'occasion de son 75° anniversaire*, organizzato a Caen, l'1 et il 2 dicembre 2023, da E. Bottini, F. Laffaille, N. Perlo. La versione francese della relazione sarà pubblicata in BOTTINI - LAFFAILLE - PERLO, *La Constitution italienne vue de France*, Société de législation comparée, di prossima pubblicazione, 2025.

La Costituzione italiana, «la più bella del mondo»<sup>1</sup>, come ci piace definirla con un pizzico di romanticismo più che di sciovinismo, non ha un motto. Il primo comma dell'articolo 1, «L'Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro»<sup>2</sup>, potrebbe assolvere questa funzione, ma bisogna riconoscere che è molto meno accattivante e, a prima vista, meno carico di significato rispetto al trittico «*Liberté, égalité, fraternité*»<sup>3</sup>. Eppure, superata questa prima impressione e interessandosi più da vicino all'origine e al concepimento di questa disposizione, ci si rende conto che il suo significato non è molto diverso da quello del motto francese, in quanto si basa sulla consacrazione della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, di cui la fraternità è in qualche modo la proiezione giuridica<sup>4</sup>.

Questo articolo è infatti il risultato del compromesso democratico tra le tre principali forze politiche che componevano l'Assemblea costituente nel 1947 – la Democrazia Cristiana, il Partito Socialista e il Partito Comunista – che hanno voluto combinare, come ha brillantemente spiegato il costituzionalista e padre costituente Costantino Mortati<sup>5</sup>, il principio solidarista, che concepisce la persona all'interno della comunità, e il principio personalista, che promuove la realizzazione della persona e delle sue libertà, tra cui la libertà di lavorare e di non lavorare, nonché di svolgere il lavoro di propria scelta. In questa formulazione piuttosto unica dell'articolo 1, che si distingue da quella di «repubblica dei lavoratori» che si ritrova in molte costituzioni socialiste, il «lavoro» non è né un obbligo né un elemento caratterizzante del cittadino-lavoratore. È invece la manifestazione di un diritto funzionale alla realizzazione personale di ciascuno e al suo contributo alla comunità<sup>6</sup>. È attraverso il lavoro – salariato o imprenditoriale, retribuito o volontario – che ogni persona può soddisfare i propri bisogni e partecipare alla soddisfazione dei bisogni

<sup>1</sup> «La più bella del mondo» è stato il titolo di una serie televisiva in più puntate trasmessa dal servizio pubblico che l'attore e regista Roberto Benigni ha dedicato alla Costituzione italiana per divulgarne il contenuto a un vasto pubblico. È anche il titolo di un libro di Walter Veltroni, ex segretario del Partito Democratico ed ex sindaco di Roma, dedicato al commento della Costituzione rivolto ai più giovani. Al di là di questi esempi, si tratta in generale di un'espressione usata frequentemente per designare il testo fondamentale nei discorsi di giuristi, politici e intellettuali, a testimonianza dell'attaccamento degli Italiani alla loro Costituzione.

<sup>2</sup> Il testo completo dell'articolo 1 recita: «L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro. / La sovranità appartiene al popolo, che la esercita nelle forme e nei limiti della Costituzione».

<sup>3</sup> Art. 2 c. 4 della Costituzione francese: «La devise de la République est 'Liberté, Égalité, Fraternité'».

<sup>4</sup> Questo legame, per quanto riguarda in particolare la genesi del principio, è sistematicamente evidenziato nell'ampia dottrina in materia: cfr. in particolare PIZZOLATO, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma 2012, 8; cfr. anche MATTIONI, *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in MARZANATI - MATTIONI (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, 2007, 7; cfr. anche, nella dottrina francese, sulla genesi del principio di solidarietà fondato sulla fraternità, in particolare BORGETTO, *Fraternité et Solidarité: un couple indissociable?*, in M. HECQUARD-THÉRON (a cura di), *Solidarité(s): Perspectives juridiques*, Toulouse, 2009, 1-33, spec. 11 s. Il riferimento imprescindibile è anche L. BOURGEOIS, *Solidarité*, Parigi, 1896, in particolare 6 s., 76 e 155 s.

<sup>5</sup> MORTATI, *Commento all'articolo 1*, in BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1975, vol. I, 1.

<sup>6</sup> Cfr. anche le considerazioni di GROPPI, *Fondata sul lavoro. Origini, significato, attualità della scelta dei costituenti*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/2012, 665.

della comunità, compresi quelli di coloro che non possono lavorare, in nome del principio di solidarietà, che è quindi implicitamente al centro di questo articolo, oltre che dell'intero impianto della Costituzione italiana.

In modo esplicito, la solidarietà appare all'articolo successivo, l'articolo 2, il quale dispone che «La Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo [...] ed esige l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». In modo meno esplicito, questo principio permea poi un gran numero di articoli: trova così applicazione nei rapporti familiari (articoli 30 e 31), alla base dei diritti sociali all'istruzione (articoli 33 e 34) e alla tutela della salute (articolo 32) o del lavoro (articoli 35-38), nelle relazioni economiche (ad esempio con la funzione sociale del credito cooperativo riconosciuta dall'articolo 45) o ancora in materia di contributi fiscali (art. 53).

In queste disposizioni, e nell'interpretazione successivamente data loro nella giurisprudenza costituzionale, si ritrovano le diverse declinazioni di questo principio proteiforme, destinato a realizzarsi sia in una relazione verticale, attraverso l'istituzione di servizi e prestazioni dello Stato nei confronti dei cittadini (e degli enti locali<sup>7</sup>), sia in forma orizzontale, attraverso il contributo dei cittadini allo Stato, affinché tale contributo possa essere messo al servizio degli altri cittadini, o direttamente tra cittadini<sup>8</sup>.

Dalla sua origine congiunturale legata al compromesso tra il pensiero comunista, liberale e democristiano, il principio di solidarietà è così diventato il fondamento di una nuova identità della Repubblica italiana come democrazia costituzionale pluralista, di cui costituisce il collante tra i suoi pilastri: uguaglianza, dignità e libertà<sup>9</sup>. È infatti attraverso la solidarietà che si promuove l'uguaglianza sostanziale ed è in nome e per mezzo dell'uguaglianza sostanziale che si garantisce la dignità, condizione necessaria alla libertà, che è innanzitutto libertà dal bisogno, come ha recentemente ricordato il Presidente Mattarella<sup>10</sup>.

Tuttavia, ripercorrere il ruolo della Corte costituzionale nell'attuazione di questo principio, compito che mi è stato affidato, è un'impresa estremamente ardua. Una ricerca per parole chiave nella giurisprudenza della Corte restituisce più di 110 decisioni con le parole «principio di solidarietà»; cifra che sale a 700 se si cerca la sola parola «solidarietà». È quindi impossibile tracciare qui un quadro completo.

È altrettanto difficile fornire un'analisi diacronica che riveli le tendenze della Corte nell'attuazione di questo principio. Se è possibile fornire una lettura diacronica

---

<sup>7</sup> PRISCO, *La solidarietà verticale: autonomie territoriali e coesione sociale*, in PEZZINI - SACCHETTO (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005, 15 ss.; MORRONE, *Solidarietà e autonomie territoriali nello Stato regionale*, *ibidem*, 27 ss.

<sup>8</sup> Su queste due categorie, cfr. in particolare S. GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, in *Dir. soc.*, 1996, 1 ss.

<sup>9</sup> FLICK, *Elogio della Costituzione*, Milano, 2008, 27. Sull'ambizione trasformatrice di questa Costituzione, che trova nella uguaglianza sostanziale e nella solidarietà i suoi pilastri fondamentali, cfr. recentemente GROPPI, *Il posto del diritto nel 'costituzionalismo trasformatore'. Una riflessione 'oltre l'uguaglianza formale'*, in *Scritti per Beniamino Caravita*, 2024.

<sup>10</sup> MATTARELLA, *Discorso pronunciato a Cosenza in occasione delle celebrazioni della Festa del Lavoro*, 30/4/2024.

piuttosto lineare degli approcci e delle evoluzioni giurisprudenziali della Corte in altri settori, in funzione delle sue fasi - le “stagioni della Corte”, come la dottrina ha potuto identificarle, che evidenziano periodi di *self-restraint* o di maggiore attivismo -, la lettura della giurisprudenza sul principio di solidarietà non si presta a un simile esercizio, tanto l’approccio cambia a seconda delle materie. Il principio di solidarietà è infatti utilizzato in ambiti molto diversi tra loro, quali in particolare i diritti sociali, la legislazione fiscale, i rapporti tra lo Stato e gli enti locali, le politiche sanitarie, il diritto dei migranti e la tutela dell’ambiente.

Rinunciando ad ogni pretesa di esaustività, il presente contributo si propone quindi di presentare alcune sentenze fondamentali nella consacrazione delle diverse declinazioni della solidarietà, per dimostrare che questo principio, lungi dall’aver una funzione puramente retorica, trova concreta applicazione nella giurisprudenza quale vero principio fondatore del costituzionalismo italiano (I). Tuttavia, in alcuni ambiti, quando l’attuazione del principio cede il passo ad altri obiettivi di interesse generale, in particolare di fronte al moltiplicarsi delle situazioni qualificate come “crisi”, si può osservare una certa impotenza del principio dovuto ad un *self-restraint* della Corte, che si inchina al potere discrezionale del legislatore (II).

## **I. Un principio concretamente utilizzato quale elemento fondamentale del costituzionalismo italiano**

Nella giurisprudenza della Corte costituzionale, la solidarietà è invocata sia come fondamento dei doveri alla base della coesione sociale (A) sia come fonte di diritti sociali inderogabili (B).

### **A. I doveri di solidarietà come fondamento di una forma di “cittadinanza”**

Nel testo della Costituzione il principio di solidarietà appare innanzitutto come fondamento di doveri inderogabili. A partire da questi doveri di solidarietà, la Corte ha concepito una forma di “cittadinanza” fatta di diritti e doveri.

Ha così collegato ai doveri di solidarietà economica e sociale il carattere progressivo dell’imposta<sup>11</sup> e l’obbligo di contribuzione fiscale, arrivando ad affermare che «l’evasione fiscale costituisce [...] la rottura del vincolo di lealtà minimale che lega fra loro i cittadini e comporta, quindi, la violazione di uno dei “doveri inderogabili di solidarietà”, sui quali, ai sensi dell’art. 2 della Costituzione, si fonda una convivenza civile ordinata ai valori di libertà individuale e di giustizia sociale»<sup>12</sup>.

La codificazione concreta di questi doveri di solidarietà è lasciata alla discrezionalità del legislatore, mentre la Corte si limita essenzialmente a controllarne

---

<sup>11</sup> Corte cost. n. 341/2000 e n. 223/2012. Si può tuttavia deplorare il fatto che il controllo della Corte sul carattere progressivo dell’imposta sia quasi annullato dalla considerazione secondo cui tale principio deve applicarsi «all’insieme del sistema contributivo e non a ciascuna imposta considerata singolarmente».

<sup>12</sup> Corte cost. n. 51/1992, par. 4, considerazioni di diritto.

la proporzionalità e la ragionevolezza. Tuttavia, in alcune occasioni, la Corte ha potuto persino decidere l'estensione di un dovere di solidarietà (nel caso specifico, si trattava di doveri non imposti ma assunti volontariamente da una persona). È il caso, ad esempio, delle decisioni che hanno permesso l'apertura del servizio civile nazionale agli stranieri. In queste giurisprudenze, la Corte ha riconosciuto che esistono doveri che servono a dare un contributo alla comunità e allo stesso tempo a consentire a chi li adempie di integrarsi in questa comunità «come in una seconda cittadinanza, più ampia di quella fondata sulla nazionalità [...] che unisce tutti coloro che ricevono diritti e restituiscono doveri»<sup>13</sup>.

In queste decisioni, la Corte ha evidenziato che il riconoscimento costituzionale dei doveri di solidarietà è una condizione non solo per la realizzazione di alcuni diritti, ma anche per il rafforzamento della coesione sociale. Consentire ai non cittadini di assumersi questi doveri significa, infatti, concedere loro la possibilità di integrarsi in questa comunità di diritti e doveri. Anche se la dottrina ha parlato di “solidarietà fraterna”<sup>14</sup> per definire le manifestazioni orizzontali della solidarietà tra i membri della società, è stato giustamente osservato che in una società pluralista «la coesione sociale e la solidarietà mirano a compensare la forza centrifuga derivante dal carattere pluralista (multiclasse, multiculturale, ecc.) di questa società»<sup>15</sup>. Pertanto, l'adempimento di determinati doveri non si giustifica con il fatto “che siamo fratelli”, ma con un fine ideale, “affinché diveniamo come fratelli”<sup>16</sup>.

Va tuttavia sottolineato che l'adempimento dei doveri di solidarietà non è una condizione per l'accesso ai diritti secondo una qualche relazione sinallagmatica. D'altra parte, in alcune occasioni la Corte ha affermato che l'adempimento di alcuni doveri di solidarietà impone il riconoscimento di un diritto: ad esempio in materia di vaccinazioni, la Corte ha affermato che sottoporsi a un obbligo o anche solo a una raccomandazione vaccinale in nome di un dovere di solidarietà impone al legislatore e all'intera comunità di assumere in cambio i costi necessari al riconoscimento di un diritto al risarcimento in nome dello stesso principio di solidarietà<sup>17</sup>.

Inoltre, la Corte ha anche riconosciuto il valore costituzionale dei doveri di solidarietà che non sono giuridicamente obbligatori, ma il cui esercizio merita comunque di essere tutelato dalla Costituzione, impedendo così al legislatore di vietarne l'esercizio. Nel 1995 ha così dichiarato incostituzionale il reato di

---

<sup>13</sup> Corte cost. n. 172/1999, par. 2.3 cons. in diritto. Cfr. anche n. 309/2013 e n. 119/2015. A questo proposito si è parlato del «diritto di avere doveri»: RAUTI, *Il diritto di avere doveri. Riflessioni sul servizio civile degli stranieri a partire dalla sent. cost. n. 119/2015*, in *Rivista AIC*, n. 4/2015.

<sup>14</sup> GALEOTTI, *Il valore della solidarietà*, cit.

<sup>15</sup> APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale*, *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, 14. CAMERLENGO «La dimensione costituzionale della coesione sociale», in *Rivista AIC*, n. 2/2015.

<sup>16</sup> Cfr. anche, sulla «conflittualità della solidarietà», MASSA PINTO, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: «come se» fossimo fratelli*, Napoli, 2011.

<sup>17</sup> La Corte ha così ampliato in diverse occasioni il campo di applicazione delle indennità: cfr. Corte cost. n. 307/1990; n. 118/1996 o ancora n. 27/1998.

accattonaggio<sup>18</sup>, con un ribaltamento della sua giurisprudenza del 1959. La finalità solidale è stata determinante in questo ribaltamento, avvenuto in nome della presa di coscienza dell'insufficiente azione dello Stato, che giustifica come conseguenza l'adempimento della missione di solidarietà da parte della società civile<sup>19</sup>.

Al di là di questi esempi di doveri assunti dai cittadini, il dovere di solidarietà è soprattutto un dovere che incombe allo Stato, e *in primis* al legislatore, per la garanzia dei diritti essenziali nella costruzione della società pluralista immaginata dai costituenti, tra i quali un posto centrale è occupato dai diritti sociali. È quindi opportuno esaminare il contributo della Corte in questo campo, che si potrebbe immaginare come il terreno naturale di applicazione del principio di solidarietà.

### **B. L'accesso ai "diritti inderogabili" come corollario del principio di solidarietà**

Contrariamente a quanto ci si sarebbe potuti aspettare, tuttavia, nella giurisprudenza in materia di diritti sociali non si trovano sistematicamente riferimenti al principio di solidarietà. Il più delle volte è la parte sostanziale del principio di uguaglianza dell'articolo 3 che viene invocata<sup>20</sup>. La solidarietà appare tuttavia in modo esplicito in alcune decisioni. La Corte vi ha fatto ricorso in particolare per imporre l'ampliamento del campo di applicazione o l'adeguamento dell'importo di un diritto-prestazione, ritenuto necessario per garantire condizioni minime di vita. Questo argomento si ritrova, ad esempio, nelle decisioni relative all'indennità di accompagnamento a favore delle persone parzialmente cieche<sup>21</sup> o alle pensioni di invalidità<sup>22</sup>.

In secondo luogo, è soprattutto in materia di accesso degli stranieri a determinati diritti sociali che la Corte ha esplicitamente invocato il principio di solidarietà per sanzionare il legislatore, nazionale o regionale, che aveva deciso di escluderli dal campo di applicazione della norma, spesso mediante una discriminazione indiretta basata su criteri quali la durata del soggiorno. In una decisione del 2011 relativa all'indennità per i minori disabili, la Corte ha osservato che si trattava di «una erogazione destinata [...] a fornire alla persona un minimo di sostentamento: in linea, evidentemente, con i principi di inderogabile solidarietà sociale, assunti quale valore fondante degli stessi diritti inalienabili dell'individuo, che non ammettono distinzioni di sorta [...] anche in ragione del diverso status di cittadino o di straniero»<sup>23</sup>. Due anni dopo, la Corte si è basata sulla «tutela della salute e sulle esigenze di solidarietà di fronte a condizioni di grande precarietà sociale», che non possono tollerare alcuna giustificazione dell'esclusione degli stranieri, derivante dalla subordinazione dell'indennità di

<sup>18</sup> Corte cost. n. 519/1995.

<sup>19</sup> *Ibidem*, par. 3 considerato in diritto.

<sup>20</sup> Anche se, come abbiamo visto, ciò implica un riferimento implicito alla solidarietà che ne costituisce il fondamento.

<sup>21</sup> Corte cost. n. 346/1989.

<sup>22</sup> Corte cost. n. 152/2020.

<sup>23</sup> Corte cost. n. 329/2011, par. 4 considerato in diritto.

accompagnamento all'ottenimento di un permesso di soggiorno di lunga durata<sup>24</sup>. Più recentemente, la Corte costituzionale ha dichiarato incostituzionali le disposizioni in materia di indennità di maternità che attuavano una discriminazione indiretta nei confronti degli stranieri cittadini di paesi extra UE, sulla base del possesso di un permesso di soggiorno di lunga durata<sup>25</sup>.

Si vede quindi che nella giurisprudenza della Corte il principio di solidarietà è stato invocato non solo nella retorica della motivazione, ma anche come fondamento di decisioni che impongono l'ampliamento dell'ambito di applicazione dei diritti sociali, spesso in combinazione con il principio di uguaglianza sostanziale o come corollario di esso.

Vi sono tuttavia decisioni in cui il principio viene affermato, ma senza tuttavia che la Corte giunga a pronunciare una dichiarazione di incostituzionalità che metterebbe in discussione le scelte del legislatore.

## **II. L'impotenza della giurisprudenza dinanzi all'erosione della solidarietà in alcuni ambiti delicati delle politiche pubbliche**

Due ambiti possono illustrare particolarmente l'approccio prudente della Corte, che si astiene dall'interferire con il potere discrezionale del legislatore quando la scelta delle modalità di attuazione del principio di solidarietà si basa su considerazioni di natura finanziaria o puramente politica. Questi ambiti sono le politiche generali in materia di previdenza sociale e pensioni (A) e la repressione penale dell'immigrazione (B).

### **A. La solidarietà sacrificata sull'altare dei vincoli di bilancio**

Di fronte al delicato compromesso tra la garanzia di diritti "che costano" e il mantenimento dell'equilibrio di bilancio dello Stato, la Corte ha sviluppato da tempo tecniche di *weak judicial review*, preferendo privilegiare una logica di collaborazione con il legislatore piuttosto che una logica di sanzione? in particolare attraverso le cosiddette "decisioni monitorie"<sup>26</sup>. Pertanto, quando una dichiarazione di incostituzionalità porterebbe ad ampliare in modo significativo il campo di applicazione di una disposizione costosa – e avrebbe quindi un impatto significativo sul bilancio dello Stato – si ritrovano in motivazione prevalentemente affermazioni di principio sull'importanza di rispettare i requisiti costituzionali di solidarietà e uguaglianza sostanziale. Tuttavia, tali affermazioni si traducono in meri moniti, privi di qualsiasi vincolo sull'azione del legislatore, al fine di non interferire con il suo potere discrezionale nel delicato ambito della gestione di bilancio.

Nelle questioni di costituzionalità relative ai diritti-prestazione, inoltre,

---

<sup>24</sup> Corte cost. n. 40/2013, par. 5 considerato in diritto.

<sup>25</sup> Corte cost. n. 54/2022.

<sup>26</sup> Su questo tema piuttosto classico, cfr. l'analisi di RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017, in particolare 29.

l'argomento della solidarietà non solo ha talvolta ceduto il passo all'interesse accordato all'equilibrio di bilancio perseguito dal legislatore, ma è stato anche invocato in contrasto con l'ampliamento di tali diritti, in nome di una solidarietà che fonda l'interesse alla tenuta economica dello Stato per preservare il sistema di sicurezza sociale<sup>27</sup>, tanto più in periodo di crisi economica e a seguito della revisione costituzionale del 2012 che ha inserito la famosa regola d'oro del pareggio di bilancio all'articolo 81.

La giurisprudenza in materia di pensioni, e in particolare quella relativa alle cosiddette pensioni d'oro, mette specialmente in luce questa tensione. In una nota sentenza del 2010, la Corte aveva infatti convalidato le disposizioni che bloccavano l'adeguamento automatico delle pensioni superiori a otto volte il minimo, poiché tale sacrificio di un requisito costituzionale (l'adeguamento delle pensioni al costo della vita) era giustificato da un obiettivo solidale di rafforzamento delle pensioni più modeste<sup>28</sup>. Tuttavia, la Corte aveva poi suscitato forti critiche quando aveva dichiarato incostituzionali disposizioni analoghe, ma relative stavolta alle pensioni superiori a tre volte il minimo, provocando un grave deficit per il bilancio dello Stato<sup>29</sup>. Ancora nel 2013 la Corte ha dichiarato incostituzionale un contributo straordinario "di solidarietà" imposto alle pensioni più elevate<sup>30</sup>, mentre lo ha poi convalidato nel 2016 proprio in nome della sua finalità solidale<sup>31</sup>. Successivamente, con un'altra decisione molto discussa, un contributo simile è stato dichiarato parzialmente incostituzionale, relativamente alla parte in cui era destinato ad applicarsi oltre un periodo di tre anni<sup>32</sup>.

La giurisprudenza in materia di pensioni d'oro è quindi emblematica del carattere ambivalente del principio di solidarietà, nonché del delicato rapporto tra la Corte e il legislatore di fronte a "decisioni che costano" e che richiedono pertanto una difficile conciliazione tra diritti-prestazioni ed equilibrio finanziario<sup>33</sup>.

---

<sup>27</sup> LUCIANI, *Generazioni future, distribuzione temporale della spesa pubblica e vincoli costituzionali*, in BIFULCO - D'ALOIA (a cura di), *Un diritto per il futuro. Teorie e modelli dello sviluppo sostenibile e della responsabilità intergenerazionale*, Napoli, 2008, in particolare 425; G. ARCONZO, *La sostenibilità delle prestazioni previdenziali e la prospettiva della solidarietà intergenerazionale. Al crocevia tra gli art. 38, 81 e 97 Cost.*, in *Rivista AIC*, n. 3/2018, 627 s., spec. 630.

<sup>28</sup> Corte cost. n. 246/2010, invocando «le esigenze di bilancio» e il «dovere di solidarietà» come «giustificazione ragionevole per la soppressione della rivalutazione automatica annuale».

<sup>29</sup> Corte cost. n. 70/2015. Questa decisione è stata molto criticata, tanto più che è stata pronunciata a poche settimane di distanza dalla dec. n. 10/2015 (su cui cfr. nota n. 32), in cui la Corte aveva avuto cura di limitare gli effetti della sua dichiarazione di incostituzionalità al futuro, per evitare di gravare pesantemente sul bilancio. Per una vivace critica, cfr. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 10/2015.

<sup>30</sup> Corte cost. n. 116/2013.

<sup>31</sup> Corte cost. n. 173/2016. Per un'analisi incrociata delle due decisioni, che difende la coerenza della giurisprudenza della Corte in nome della solidarietà, cfr. PEDULLA, *Le 'pensioni d'oro' quale paradigma del difficile bilanciamento tra diritti di prestazione sociale ed equilibrio economico-finanziario*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 23/9/2016.

<sup>32</sup> Corte cost. n. 234/2020.

<sup>33</sup> Al di fuori dell'ambito delle pensioni, si può citare anche la sentenza n. 10/2015, con la quale

Il *self-restraint* della Corte in questo campo non è solo la conseguenza del riconoscimento del ruolo del legislatore nella gestione del bilancio, ma si basa anche su un argomento teleologico che postula la difesa della tenuta economica dello Stato, su cui si fonda il destino – e quindi la garanzia a lungo termine – dei diritti sociali e dello Stato sociale<sup>34</sup>. Tuttavia, si può obiettare che, se i vincoli di bilancio portano a sacrificare eccessivamente i diritti fondamentali, il problema risiede probabilmente nell’allocazione delle risorse. Si tratta certamente di un ambito di competenza del legislatore, ma su cui il giudice costituzionale non può rinunciare a difendere un nucleo minimo di garanzie, a meno di voler rinunciare al suo ruolo di garante dei diritti inderogabili, come sostiene con forza gran parte della dottrina<sup>35</sup>. Ciò è stato del resto riconosciuto dalla stessa Corte, quando ha affermato che «[è] la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionare la doverosa erogazione»<sup>36</sup>. Si tratta quindi di riflettere su meccanismi efficaci e non puramente retorici per mettere il legislatore di fronte agli imperativi costituzionali anche quando questi ultimi siano in conflitto con gli imperativi di bilancio<sup>37</sup>.

Un altro esempio di questa impotenza della Corte di fronte all’inerzia del legislatore a causa di imperativi di bilancio si ritrova nella giurisprudenza in materia di perequazione fiscale tra enti locali e di garanzia dei «livelli essenziali delle prestazioni» (LEP)<sup>38</sup>.

I livelli essenziali di prestazione (LEP) costituiscono il nucleo centrale dei servizi pubblici che devono essere garantiti dalle Regioni e dagli enti locali su tutto il territorio nazionale al fine di assicurare la tutela dei diritti civili e sociali (sanità, istruzione, assistenza, trasporti, ecc.) a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro regione di residenza. La Costituzione attribuisce la loro definizione alla competenza esclusiva dello Stato (articolo 117, paragrafo 2, lettera *m*) e la Corte costituzionale ha indicato che da tale definizione dipende la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per

---

la Corte ha dichiarato incostituzionale un’imposta straordinaria sui redditi delle imprese del settore energetico (la cosiddetta «Robin tax»), ma ha modulato gli effetti nel tempo della sua decisione escludendo qualsiasi effetto retroattivo (il che costituisce un’eccezione nel sistema italiano) per preservare l’equilibrio di bilancio e le esigenze di solidarietà del sistema tributario, tra le altre cose.

<sup>34</sup> Su questo tema cfr. M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte Costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

<sup>35</sup> Ricordiamo in particolare il ricco contributo in materia di Lorenza Carlassarre, prima ordinaria di diritto costituzionale in Italia, scomparsa nel 2022: cfr. tra l’altro CARLASSARRE, *Diritti di prestazione e vincoli di bilancio*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2015; ID., *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016.

<sup>36</sup> Corte cost. n. 275/2016 in materia di indennità per il diritto all’istruzione dei minori disabili.

<sup>37</sup> Le nuove tecniche decisionali sviluppate dalla Corte, che consistono nell’agire in due fasi, prima per orientare l’azione del legislatore, poi per sanzionarne l’inerzia, potrebbero costituire una pista da seguire. Tuttavia, questa soluzione potrebbe funzionare solo nell’ambito di una reale collaborazione virtuosa tra i poteri, poiché un sistematico aggravamento del bilancio da parte del giudice costituzionale costituirebbe una grave anomalia democratica che comprometterebbe la separazione dei poteri.

<sup>38</sup> Sulle LEP cfr. in particolare LUCIANI, *I diritti costituzionali tra Stato e Regioni (a proposito dell’art. 117, comma 2, lett. m della Costituzione)*, in *Politica del diritto*, n. 3/2002, 345-360; BALDUZZI, *Note sul concetto di «essenziale» nella definizione dei LEP*, *Rivista delle politiche sociali*, n. 4/2004, 165.

fornire prestazioni sociali essenziali<sup>39</sup>. Tuttavia, l'omissione da parte del legislatore della loro definizione in un gran numero di settori impedisce di determinare, di conseguenza, la soglia minima di spesa e il finanziamento di perequazione che lo Stato deve garantire agli enti locali che non sarebbero in grado di garantire da soli tale soglia.

Di fronte a questa situazione che rende inefficace la garanzia dei LEP, la Corte si limita a formulare critiche e moniti. Un esempio particolarmente significativo si trova nelle decisioni relative al “fondo di solidarietà comunale”, costituito dalle risorse assegnate dallo Stato ai comuni, in particolare a fini di perequazione. La Corte ha respinto le censure contro le disposizioni che impongono una riduzione del finanziamento di tale fondo con la motivazione che nulla dimostra che tali riduzioni abbiano reso impossibile ai comuni l'esercizio delle funzioni corrispondenti ai LEP... semplicemente perché questi ultimi non sono stati definiti<sup>40</sup>! I giudici costituzionali aggiungono tuttavia un timido monito, sottolineando che «il ritardo nella definizione dei livelli essenziali delle prestazioni rappresenta un ostacolo non solo alla piena realizzazione dell'autonomia finanziaria degli enti locali, ma anche al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento dei diritti sociali fondamentali». La questione diventa oggi ancora più urgente nel quadro della riforma sull'“autonomia differenziata”<sup>41</sup>.

## **B. Il *self-restraint* della Corte di fronte alle scelte politiche in materia di flussi migratori**

Se la solidarietà ha potuto costituire lo strumento per abbattere le barriere che escludevano gli stranieri dal godimento di alcuni diritti sociali, la sua applicazione nel campo del diritto dell'immigrazione è invece più modesta. In questa epoca definita di “*crimigration*”, per la crescente tendenza dei sistemi giuridici a reprimere penalmente l'immigrazione irregolare, la Corte costituzionale è stata chiamata più volte a pronunciarsi sulla conformità alle esigenze costituzionali delle disposizioni in materia di immigrazione, man mano che queste diventavano più severe<sup>42</sup>. Il principio di solidarietà è stato quindi invocato per opporsi sia alla previsione del reato di

<sup>39</sup> Corte cost. n. 220/2021.

<sup>40</sup> Corte cost. n. 123/2022 e n. 71/2023.

<sup>41</sup> Tale riforma, volta ad attuare la possibilità prevista dall'art. 116 Cost. di concedere una maggiore autonomia alle regioni che lo desiderano (e che hanno i mezzi per assumersene la responsabilità), prevede che qualsiasi autonomia sarà concessa solo dopo la completa determinazione dei LEP e la conseguente attuazione della perequazione fiscale. Il problema è che lo stesso disegno di legge, da un lato, non fornisce alcuna garanzia circa il rispetto di tale impegno, poiché il legislatore può benissimo derogare a quanto da lui stesso stabilito e, dall'altro, delega al governo la determinazione di gran parte dei LEP. Si veda a questo proposito il contributo di DE MINICO durante le audizioni della commissione parlamentare incaricata di esaminare il testo: <https://www.astrid-online.it/static/upload/memo/0001/memoria-de-minico-ac-1665-12-3-24.pdf>.

<sup>42</sup> Solo in alcuni casi ha pronunciato dichiarazioni di incostituzionalità: tra queste, si ricorda la sentenza n. 223/2004 che dichiara incostituzionale la disposizione che prevede la detenzione dello straniero rimasto senza giustificato motivo nel territorio dello Stato in violazione dell'ordine del commissario di polizia di lasciare il territorio nazionale entro cinque giorni.

ingresso e soggiorno, introdotto nel 2009, sia ai cosiddetti “reati di solidarietà”, ovvero le ipotesi di reato costituite da atti di aiuto all’ingresso e al soggiorno di stranieri in situazione irregolare ispirati da uno scopo solidale e non economico.

Per quanto riguarda i primi, la Corte ha dato prova di una certa moderazione, considerando che «le ragioni della solidarietà umana non sono di per sé in contrasto con le regole in materia di immigrazione previste in funzione di un ordinato flusso migratorio e di un’adeguata accoglienza ed integrazione degli stranieri»<sup>43</sup> e che «il legislatore fruisce, dunque, di ampia discrezionalità nel porre limiti all’accesso degli stranieri nel territorio dello Stato, all’esito di un bilanciamento dei valori che vengono in rilievo: discrezionalità il cui esercizio è sindacabile da questa Corte solo nel caso in cui le scelte operate si palesino manifestamente irragionevoli »<sup>44</sup>. Tuttavia, come giustamente sottolineato da una parte della dottrina, la Corte nasconde tra le righe delle sue motivazioni un «vorrei ma non posso»<sup>45</sup> e, talvolta, un vigoroso monito al Parlamento<sup>46</sup>.

Per quanto riguarda i reati di solidarietà, la Corte ha più volte fatto salvo il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina<sup>47</sup>, ma non è mai stata chiamata a pronunciarsi sul reato di favoreggiamento dell’ingresso e del soggiorno in sé<sup>48</sup>. Recentemente, tuttavia, in una sentenza del 2022<sup>49</sup>, la Corte ha tenuto conto delle «finalità solidali» per dichiarare incostituzionale la circostanza aggravante consistente nell’aiuto all’utilizzo di vettori internazionali o di documenti falsi per l’ingresso irregolare nel territorio, in quanto applicabile non solo ai trafficanti ma anche alle persone che forniscono aiuto a fini di solidarietà<sup>50</sup>.

Questa presa in considerazione delle finalità di solidarietà per limitare – anche se in misura molto lieve – il margine di discrezionalità del legislatore nella repressione penale dell’immigrazione irregolare, costituisce un esempio di resistenza della Corte nella difesa di un nucleo duro del principio di solidarietà.

Questi rari esempi, combinati con le decisioni con cui la Corte, pur astenendosi dal sanzionare il legislatore, lo invita a tenere maggiormente conto delle esigenze

---

<sup>43</sup> Corte cost. ordinanze n. 192 e n. 44 del 2006, n. 217 del 2001, n. 250 del 2010.

<sup>44</sup> Corte cost. n. 250/2010 che respinge la questione di costituzionalità relativa alle disposizioni del cosiddetto «decreto sicurezza» che trasformano l’ingresso e il soggiorno irregolare da infrazione amministrativa a reato punibile con la reclusione.

<sup>45</sup> D. BRUNELLI, *La Corte costituzionale “vorrebbe ma non può” sulla entità delle pene: qualche apertura verso un controllo più incisivo della discrezionalità legislativa*, in *Giur. cost.*, 2007, 181.

<sup>46</sup> Cfr. anche Corte cost. n. 22/2007 sul reato di permanenza dopo ordine di espulsione non ottemperato (come modificato dal decreto legislativo n. 241/2004 che aveva trasformato il reato in un delitto punibile con la reclusione da uno a quattro anni), che dichiara la questione irricevibile, pur formulando un timido monito che in vita il legislatore a prendere in considerazione ipotesi di impossibilità materiale di ottemperare (da notare che questa sentenza non menziona espressamente il principio di solidarietà).

<sup>47</sup> Corte cost. n. 445/2004 e soprattutto n. 21/2009.

<sup>48</sup> Si noti che l’articolo 12 della legge sull’immigrazione riconosce un’ipotesi di eccezione molto limitata di aiuto al soggiorno che non costituisce un reato, riguardante «le attività di soccorso e assistenza umanitaria fornite in Italia agli stranieri bisognosi che si trovano nel territorio dello Stato».

<sup>49</sup> Corte cost. n. 63/2022.

<sup>50</sup> Cfr. le considerazioni in tal senso di CIERVO, *L’irragionevole sicurezza: la Corte costituzionale alle prese con il reato di favoreggiamento dell’immigrazione clandestina*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 3/2022.

di solidarietà, dimostrano che, anche quando la Corte dà prova di *self-restraint*, cerca di difendere un nucleo duro di questo principio, se non altro con un avvertimento, una raccomandazione, un cartellino giallo...

Questa valorizzazione del principio di solidarietà è presente sia nel suo “discorso giurisprudenziale”, all’interno delle motivazioni, sia nel suo “discorso peri-decisionale”, che comprende tutte quelle forme di comunicazione, giurisdizionale e extra giurisdizionale, che sono le relazioni annuali, le allocuzioni pubbliche, i comunicati stampa. In una relazione tenuta alcuni mesi fa dinanzi all’Istituto di previdenza sociale, l’allora presidente Sciarra ha definito la solidarietà come un «principio guida e chiave di volta» del nostro sistema, in una «società caratterizzata da crescenti disparità e disuguaglianze»<sup>51</sup>. Se si ammette che la funzione della garanzia costituzionale non si esaurisce nel solo dispositivo delle decisioni, si può allora osservare che è anche attraverso le sue motivazioni e la sua comunicazione peri-giurisdizionale che la Corte si rivolge al legislatore, invitandolo a una «collaborazione leale», che costituisce peraltro una forma di proiezione istituzionale del principio di solidarietà<sup>52</sup>.

In conclusione, se, nonostante le difficoltà e le precauzioni inizialmente annunciate, si volesse cercare di sistematizzare la giurisprudenza in materia di solidarietà nell’ambito delle attuali tendenze della giustizia costituzionale italiana, si potrebbe sottolineare che essa è fortemente caratterizzata da quella ricerca di leale collaborazione con il legislatore che oggi contraddistingue l’approccio della Corte: dove può, impone; dove non può (nel rispetto dei limiti imposti dalla separazione dei poteri), persuade (o almeno cerca di persuadere...).

La grande questione è se le grandi disuguaglianze e ingiustizie della nostra società possano accontentarsi di questa giustizia costituzionale “mite”. O se invece la Corte debba essere pronta a utilizzare, anche quando si tratta di esigenze costituzionali “che costano” e nonostante i vincoli di bilancio, tecniche decisionali più efficaci di fronte all’inerzia del legislatore, quando la gravità delle violazioni o i tempi di inerzia non sono più accettabili<sup>53</sup>.

In questo delicato equilibrio tra garanzia dei principi fondatori e fondamentali del costituzionalismo italiano e rispetto del ruolo del legislatore per sfuggire alle critiche di «governo dei giudici»<sup>54</sup> si gioca la tenuta della società democratica pluralista voluta e fortemente difesa dalla Costituzione.

---

<sup>51</sup> SCIARRA, conferenza INPS 2023.

<sup>52</sup> M. Cartabia, *Relazione annuale sull’attività della Corte costituzionale nel 2019 - Sintesi*, disponibile online [https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione\\_cartabia/2\\_sintesi.pdf](https://www.cortecostituzionale.it/documenti/relazione_cartabia/2_sintesi.pdf) p. 19.

<sup>53</sup> Il riferimento è ovviamente alle nuove tecniche sviluppate dalla Corte per orientare in modo più efficace l’azione del Parlamento e intervenire in ultima istanza per colmare le sue omissioni in caso di inazione.

<sup>54</sup> In Italia, questa critica ha assunto la denominazione di «suprematismo giudiziario» (cfr. MORRONE, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 2/2019, 251), riferendosi in particolare a quella che è considerata una deriva del neocostituzionalismo attraverso l’ampliamento del potere giudiziario: cfr. BONGIOVANNI, Voce: *Neocostituzionalismo*, in *Enc. dir. Annali IV*, Milano, 2011, 749. Cfr. altresì più di recente l’articolata analisi di LUCIANI, *Ogni cosa al suo posto*, Milano, 2023.

# VULNERABILITÀ E DIPENDENZE DIGITALI: STRUMENTI DI TUTELA (*EX ANTE*) NEL QUADRO REGOLATORIO EUROPEO E NAZIONALE<sup>° \*</sup>

**Simona Ghionzoli**

*Ph.D in Studi internazionali  
Università degli Studi di Napoli "L'Orientale"*

*L'articolo esamina le "vulnerabilità" in ambiente digitale e le risposte da parte dell'ordinamento giuridico europeo e interno, per garantire la libertà di scelta dei consumatori e degli utenti nonché per contrastare pratiche scorrette, profilazione manipolativa e "nuove" dipendenze. Propone la riconsiderazione della dimensione sociale del contratto, con l'idea di promuovere opportunità di crescita e al tempo stesso rifiutare la prevedibilità algoritmica, nel tentativo di restituire senso al presente e speranza nel futuro.*

*The article examines vulnerabilities in the digital environment and the responses of the European regulatory framework to ensure freedom of choice for consumers and users, as well as to combat unfair practices, manipulative profiling and "emerging" forms of dependency. The article proposes a reconsideration of the social dimension of the contract, with the aim of promoting opportunities for growth and, at the same time, rejecting algorithmic predictability, in an attempt to restore meaning to the present and hope for the future.*

## **Sommario:**

1. Tempo e spazio dentro la rete
2. Soggettività fisica e giuridica nella direttiva 2000/31/CE sul Commercio Elettronico
3. La trasparenza e gli altri strumenti generali di tutela. Intersezioni giuridiche Gdpr e Ai Act
4. Vulnerabilità del singolo e vulnerabilità di gruppo. Intersezioni Gdpr e Ai Act
5. Il reg. 2019/1150/UE e la "folla" ordinata degli utenti delle piattaforme *on line*
6. Il Digital Service Act (DSA) e gli utenti delle piattaforme *on line*
  - 6.1. Il Dsa e la tutela dei consumatori
  - 6.2. Il Dsa e le dipendenze
  - 6.3. Il Dsa e l'utile intersezione con il Gdpr
7. La Risoluzione del Parlamento Europeo del 12 dicembre 2023 sulla progettazione di servizi *on line* che crea dipendenza e sulla tutela dei consumatori nel mercato unico dell'UE
8. Conclusioni

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

<sup>\*</sup> Questo articolo è stato presentato al Convegno interuniversitario "L'informazione e il diritto" svoltosi a Napoli, 29-31 maggio 2024.

## 1. Tempo e spazio dentro la rete

In un'epoca di consumazione totale, legata non solo ai traffici commerciali, ma anche a opportunità di svago, intrattenimento e informazione che si aprono sulla rete, parlare di società dell'informazione significa fare riferimento a tutto ciò che è relativo all'utenza, compresi, ma non soltanto i "consumatori", in senso tecnico, delle piattaforme. Solo ricorrendo a tale modello allargato, è possibile stabilire una reale corrispondenza con un nuovo modo di consumare e consumare il *web*<sup>1</sup>.

E così quando parliamo di vulnerabilità ci riferiamo in modo naturale, verso categorie classiche, quali minori, lavoratori, consumatori, riconducendo il concetto alle asimmetrie di potere informativo.

Ciò che conta al di là delle definizioni, sembra essere la disparità e asimmetria di posizioni, sinonimo di asimmetria delle informazioni, che restano fuori dalla disponibilità del soggetto più debole del rapporto.

Tuttavia, non sempre l'asimmetria è riconducibile soltanto alla disponibilità e alla completezza di informazioni. Sussistono situazioni, come quella del lavoratore, in cui l'asimmetria si presenta fin dall'origine correlata alle soggettività e ad uno status più ampio<sup>2</sup> e corrisponde ad un'asimmetria di potere contrattuale, in cui anche il consenso perde di senso e valore e viene derubricato a mera presa d'atto sull'esistenza e le forme del trattamento dei dati<sup>3</sup>. Vedremo, inoltre, che la categoria della "vulnerabilità" in realtà riguarda anche i venditori e in generale chi opera sul mercato, quando dispongono di minori informazioni.

In realtà se il parametro delle asimmetrie informative può andare bene per i soggetti giuridici, come le piattaforme, tanto che è dovuto intervenire il legislatore comunitario con un regolamento specifico per disciplinare i ruoli e le posizioni nella rete e per favorire un commercio e un mercato *on line* scevro da condizionamenti, lo stesso non è sufficiente per i soggetti fisici, che si muovono sul *web*, entro il quale la dimensione spaziale e lo scorrere del tempo sono destinati ad essere subiti, se non risultano interiorizzati e vissuti dalla persona fisica, in un presente, che non si presenta immutabile, ma piuttosto in continuo movimento e sempre in divenire<sup>4</sup>. Evitare di perdere il senso della realtà significa, prima di tutto, riflettere su cosa provoca questo smarrimento,

---

<sup>1</sup> PIRA - ALTINIER, *Giornalismo. La difficile convivenza con fake news e misinformation*, Padova, 2018, 13 s.

<sup>2</sup> In tal senso Corte giust., 04 luglio 2023, C-252/21, ECLI:EU:C:2023:537, in cui la CGUE ha chiarito che la posizione dominante può incidere sulla libertà di scelta dell'utente, che potrebbe non essere in grado di rifiutare o revocare il consenso senza subire un pregiudizio, con ciò creando un evidente squilibrio tra l'interessato e il responsabile del trattamento «*the freedom of choice of that user, who might be unable to refuse or withdraw consent without detriment and may create a clear imbalance [...] between the data subject and the controller*».

<sup>3</sup> GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, X ed., Napoli, 2003, 183 s.

<sup>4</sup> FARGNOLI, *Irrazionalità del tempo e del movimento*, in *Il Sogno della Farfalla*, 1992, 67-87.

quando un contenuto possa dirsi violento e quali strumenti di tutela occorrono ad un soggetto fisico, oltre la mera consapevolezza razionale, che viene richiesta al consumatore medio<sup>5</sup>, per essere messo in condizione di scegliere tra i beni e servizi, che l'ambiente della rete è in grado di offrire. Ciò rende necessaria, altresì, un'indagine sulle pratiche commerciali scorrette, che possono estendersi ben oltre la mera dimensione contrattuale tra professionista e consumatore (cfr. C. 13 dir. 2005/29/CE)<sup>6</sup>.

## 2. Soggettività fisica e giuridica nella direttiva 2000/31/CE sul Commercio Elettronico

La definizione di Servizio della società dell'informazione è possibile trovarla già nell'art. 2, 1° co, lett. a), del d.lgs 70/2003, che recepisce la dir. 2000/31/CE sul Commercio Elettronico. Tali sono le attività economiche svolte *on line* nonché (cfr. art. 1, 1° co, lett. b), l. 21 giugno 1986 n. 317) "qualsiasi" servizio prestato normalmente 1. Dietro retribuzione, 2. a distanza, per via elettronica e 3. a richiesta individuale di un destinatario di servizi. Da osservare che a distanza non implica la presenza simultanea delle parti, mentre emerge la domanda individuale di servizio pur trattandosi di contesti allargati e massivi come le piattaforme. Il riferimento, inoltre, è alle attività economiche, che sono assorbenti di servizi, che non prevedono una remunerazione in senso classico (ovvero prezzo e

---

<sup>5</sup> Il consumatore medio viene preso come parametro nella dir. 2005/29/CE, art. 8) come colui definito al C. 18 «*normalmente informato e ragionevolmente attento e avveduto, tenendo conto di fattori sociali, culturali e linguistici, secondo l'interpretazione della Corte di giustizia*», escludendo che possa trattarsi di una nozione statistica, ma piuttosto di una valutazione da rendere in concreto da parte degli organi giurisdizionali e delle autorità nazionali in relazione alle reazioni del consumatore, da valutarsi sulla base di diversi fattori tra cui la "vulnerabilità" per «*età, infermità fisica o mentale o ingenuità*», e con riferimento ai "gruppi", in modo che le dette reazioni siano da risultare ragionevolmente prevedibili anche da parte del professionista, che opera sul mercato. Cfr. in tal senso C. 19) e nello stesso senso, più recente, in giurisprudenza, Corte giust., 14 novembre 2024, C-646/22, ECLI:EU:C:2024:957, senza omettere l'art. 20, 3° co), del Cod. Cons. per cui «*Le pratiche commerciali che, pur raggiungendo gruppi più ampi di consumatori, sono idonee a falsare in misura apprezzabile il comportamento economico solo di un gruppo di consumatori chiaramente individuabile, particolarmente vulnerabili alla pratica o al prodotto cui essa si riferisce a motivo della loro infermità mentale o fisica, della loro età o ingenuità, in un modo che il professionista poteva ragionevolmente prevedere, sono valutate nell'ottica del membro medio di tale gruppo*»; in dottrina cfr. VALENZA, *La figura del consumatore nel codice del consumo*, in CAPILLI (a cura di), *I contratti del consumatore*, Torino, 2021, 82 ss.

<sup>6</sup> Il C. 13 enuncia che «*per sostenere la fiducia da parte dei consumatori il divieto generale*>> di pratiche commerciali sleali che falsano il comportamento dei consumatori «*dovrebbe applicarsi parimenti a pratiche commerciali sleali che si verificano all'esterno di un eventuale rapporto contrattuale tra un professionista ed un consumatore o in seguito alla conclusione di un contratto e durante la sua esecuzione [...]*». L'art. 25, comma 1°, lett. a), del Cod. Cons., tra i parametri di valutazione delle pratiche commerciali aggressive, prende in considerazione «*i tempi, il luogo, la natura o la persistenza*» delle molestie, dell'indebito condizionamento, facendo riferimento alla violenza psichica esercitabile sul consumatore (medio), in antitesi alla violenza fisica, di converso citata nello stesso articolo di legge.

corresponsione di un pagamento)<sup>7</sup>.

Nel caso in cui, infatti, il servizio consista in fornitura di informazioni, comunicazioni commerciali o ricerca dati, accesso e reperimento, l'utente può accedere ad internet per motivi professionali, personali o di intrattenimento e svago e anche senza corrispondere un corrispettivo in denaro. Cosa diversa se l'utente accede per i soliti motivi, ma con corrispettivo in denaro e per scopi personali o domestici, perché in tal caso si qualifica necessariamente come consumatore<sup>8</sup>.

La lettera d) del suddetto decreto specifica che destinatario del servizio è il soggetto che per scopi professionali e non utilizza un servizio della società dell'informazione, per ricercare o rendere accessibili informazioni. L'art. 3, lett. a), del Cod. Cons., dispone, invece, che il “*consumatore o utente*” (dunque assimilando le due figure) è la persona fisica, che agisce, per scopi estranei all'attività imprenditoriale, commerciale, artigianale o professionale eventualmente svolta, distinguendo quest'ultimo dal professionista.

E' bene ricordare che l'art. 135 octies, lett. f), g) e h) del Cod. Cons. nell'elencare le definizioni nei contratti di fornitura di servizi o contenuti digitali, inserisce i dati personali immediatamente dopo la nozione di prezzo, identificato in una somma di danaro e fa propria la nozione di consumatore di cui all'art. 3, 1° co) lett. a); l'art. 135 octies, 3° e 4° co), specifica, inoltre, che il corrispettivo del servizio o del contenuto digitale all'operatore economico può essere costituito dalla fornitura di dati personali (da parte del consumatore) di cui all'art. 4, 1° co), reg. 2016/679/UE (GDPR)<sup>9</sup>.

Al successivo articolo 135 novies, 2° co), lett. d), infine, vieta, l'applicazione delle stesse disposizioni, *inter alia*, ai servizi di giochi d'azzardo, dettaglio funzionale ai fini della presente indagine.

Sia la direttiva sia il decreto che la recepisce contengono, infine, garanzie a tutela dei consumatori, estensibili, tuttavia, alla generalità degli utenti<sup>10</sup>, il primo dei quali e sicuramente più importante è la “trasparenza”<sup>11</sup>.

<sup>7</sup> PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, V ed., Bologna, 2020, 159 ss.

<sup>8</sup> BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, vol. 3, III ed., Milano, 2019, 344 s.

<sup>9</sup> Sulla rilevanza economica dei dati personali, in dottrina cfr. RICCIUTO, *Lo scambio dei dati con i contenuti e i servizi digitali: una nuova modalità di contrarre?*, in *Ejpl*, 2023, 20 ss.; ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. e Merc.*, 2022, 527; in giurisprudenza, cfr. Cons. St., Sez. VI, 29 marzo 2021, n. 2631.

<sup>10</sup> VALENZA, *La figura del consumatore nel codice del consumo*, cit., 82 s.

<sup>11</sup> BATTELLI, *I contratti del commercio on line*, in CAPILLI (a cura di), *I contratti del consumatore*, 322 s. L'autore evidenzia come ai contratti *on line* si applichino le norme di cui al Codice del Consumo, del c.c. (condizioni generali di contratto) e del d.lgs 70/2003, con precisi obblighi informativi di cui agli artt. 7, 8 e 9. In tal senso vedi anche dir. 2005/29/UE, C. 15, che lascia agli stati membri la facoltà di mantenere o introdurre disposizioni più restrittive, conformemente alla normativa comunitaria, per garantire un livello più elevato di tutela dei consumatori.

### 3. La trasparenza e gli altri strumenti generali di tutela. Intersezioni giuridiche Gdpr e Ai Act

La trasparenza sulla rete si riferisce soprattutto alla trasparenza dei contenuti che circolano sul *web* nonché all'identità e alla identificabilità dei soggetti, che rendono possibile l'accesso ai suddetti contenuti e dunque vendono beni o servizi.

Identità e qualifica di tali soggetti o meglio le soggettività della rete sono trattate nell'art. 7 del d.lgs 70/2003, che impone al prestatore, in aggiunta agli obblighi informativi, quello di rendere facilmente accessibile ai destinatari del servizio o alle autorità competenti in modo diretto e permanente informazioni quali nome, denominazione o ragione sociale, domicilio, sede legale, indirizzo pec ovvero tutto ciò che può aiutare a garantire la tracciabilità e la contattabilità oltre alla visibilità e alla chiarezza delle condizioni economiche applicate. Il provvedimento in argomento cerca di rispondere alla fragilità della dematerializzazione dell'universo digitale. Questa legge allarga e rinforza in questo senso la platea dei diritti dei consumatori e degli utenti dei servizi e anticipa le successive norme introdotte dal regolamento 2022/2065/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022, relativo a un mercato unico dei servizi digitali e che modifica la direttiva 2000/31/CE (regolamento sui servizi digitali) (cd. Dsa)<sup>12</sup>.

Gli strumenti di cui agli artt. 12 e 13, contrattualizzano la tutela degli utenti con la previsione di obblighi in fase precontrattuale, che si estendono alla fase esecutiva del contratto e ad un momento successivo, per mezzo di norme specifiche sul perfezionamento della volontà, la responsabilità degli isp, i codici di condotta e la composizione stragiudiziale delle controversie<sup>13</sup>.

Oltre alla tracciabilità, anche la correttezza, nel senso di aderenza alla realtà dei contenuti offerti è garanzia di affidabilità e serietà delle piattaforme e dei motori di ricerca.

In questo senso la prima domanda in relazione proprio alla presenza sulla rete di contenuti violenti, è se occorrono strumenti di verifica per l'individuazione di contenuti che si distanziano essi stessi e contribuiscono, al tempo stesso, a distanziare gli utenti dalla realtà, deformandola e alterandola, facendo perdere all'utente il corretto ed equilibrato rapporto con la stessa.

Questo discorso cammina insieme alla definizione e all'inquadramento di contenuto violento.

Il contenuto può dirsi violento, intanto, se inteso ad intaccare in modo significativo il pensiero e l'autodeterminazione dell'individuo.

La violenza può essere fisica ma può, dunque, esercitarsi anche per mezzo di atti induttivi, che operano al di fuori di un contatto fisico connotato da immediatezza e

---

<sup>12</sup> L'art. 8, lett. b, del d.lgs 70/2003 introduce obblighi di informazione, atti a consentire l'identificazione e la tracciabilità della persona fisica o giuridica per conto della quale è effettuata la comunicazione commerciale.

<sup>13</sup> PASCUZZI, *Il Diritto dell'era digitale*, cit., 104 ss.

contiguità<sup>14</sup>, che risultano, comunque, idonei a condizionare o ledere le possibilità vitali della vittima, arrecando una sofferenza, una diminuzione o una compromissione delle proprie abilità relazionali, in virtù e per effetto della violenza subita.

Come la rete influisca in tutto questo resta da chiarire, anche perché la violenza indipendentemente dalla contiguità o meno della vicinanza fisica, è solita avvenire nell'ambito e per effetto di relazioni interumane sbagliate.

La tecnologia, pertanto, potrebbe essere solo il mezzo attraverso il quale tutto questo viene evidenziato<sup>15</sup> ed è utile per manifestare una violenza o un vuoto già carente in origine, limitandosi a veicolare un contenuto.

Tornando su un piano strettamente giuridico e in particolare al recente provvedimento sui Servizi Digitali (DSA) (cfr. art. 36, 1° co), lett. d)), in sede di valutazione dei rischi sistemici, esso include i contenuti con effetti negativi “*reali o prevedibili*” «*in relazione alla violenza di genere, alla tutela della salute pubblica, e dei minori e gravi conseguenze negative sul benessere fisico e mentale della persona*», dunque anche non consumatori.

Sempre l'art. 36, 1° co), lett. b) dispone che si intende garantire la protezione dei dati personali, in ossequio all'art. 8 della Carta sui Diritti fondamentali e un elevato livello di protezione del consumatore.

In questo quadro eterogeneo, entro il quale le discipline, non sempre risulterebbero aderenti tra loro, occorre tenere presente che le piattaforme sono soggetti giuridici anche se il gestore è riconducibile ad un soggetto fisico o a un gruppo di soggettività, che determinano contenuti ed elaborano dei dati ed è molto importante, quando si parla di trasparenza e correttezza, fare riferimento al significato e al concetto di dato, perché integrità del dato corrisponde a veridicità e integrità dell'informazione finale<sup>16</sup>.

I dati risulterebbero, pertanto, il punto di mediazione, condiviso, che unisce il soggetto fisico e quello giuridico. La sicurezza e protezione dei dati sulla rete corrisponde ad assenza di manipolazione e conoscenza delle condizioni di mercato, utili a scongiurare e a difendersi anche da fenomeni quali quello della (s)vendita *on line* dei dati degli utenti, senza il consenso dei proprietari<sup>17</sup>.

Il marchio e i codici di condotta previsti dalla dir. 2000/31/CE, rilasciati o certificati da enti terzi, sono strumenti funzionali a tutto questo, perché aiutano a costruire e consolidare un rapporto di fiducia con il pubblico circa l'affidabilità di una transazione che avviene sul web, la qualità di un prodotto e l'adesione a determinati requisiti sul piano, soprattutto, della sostenibilità ambientale e sociale<sup>18</sup>.

<sup>14</sup> Cass. Pen., Sez. III, 12 febbraio 2025, n. 5688.

<sup>15</sup> MEDICI, *La relazione a distanza tra corpo e tecnologia digitale*, in *Il Sogno della farfalla*, 2021, 59 ss.

<sup>16</sup> ORLANDO, *Data Vs. capta: intorno alla definizione di dati*, in *Nuovo Dir. Civ.*, 2022, 14 ss.

<sup>17</sup> L'art. 135 novies, comma 6), Cod. del Cons., stabilisce, non casualmente, la prevalenza delle norme sulla protezione dei dati personali su quelle del capo I bis denominato «*Dei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali*».

<sup>18</sup> PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, cit., 177 s. e cfr. in tal senso la recente decisione Corte giust.,

#### 4. Vulnerabilità del singolo e vulnerabilità di gruppo. Intersezioni Gdpr e Ai Act

Se è vero che la violenza dei contenuti altera il rapporto dell'utente con la realtà, sfruttandone le vulnerabilità, fungendo da stimolo verso comportamenti non rispettosi dell'integrità psicofisica e dunque non etici, l'ordinamento è sfuggente rispetto alla definizione esatta di vulnerabilità.

Si limita a considerare vulnerabili le situazioni relazionali connotate da asimmetria di potere come quelle in esame, in cui sussistono evidenti disparità quanto a conoscenza e disponibilità di informazioni in capo al soggetto più debole, consumatore o utente. Completezza di informazioni e consapevolezza concorrono alla formazione di un consenso al trattamento in modo che avvenga su basi lecite.

Un riferimento in tal senso è presente nel C. 43 Gdpr, che non riconosce il consenso quale valido presupposto giuridico in presenza di un evidente squilibrio (di potere) tra titolare e interessato e nel C. 42 Gdpr, che menziona espressamente la consapevolezza quale requisito di libertà del consenso<sup>19</sup>.

La consapevolezza viene intesa, inoltre, in dottrina come un insieme di regole volte ad assicurare ai clienti, utenti/consumatori, un'informazione chiara e completa, che faciliti la comprensione delle caratteristiche, dei rischi e dei costi dei prodotti offerti, in modo da contribuire alla corretta formazione e al manifestarsi della volontà (per mezzo anche della comparabilità delle offerte) e consentire la vigilanza sui contenuti contrattuali e sui comportamenti delle parti nella formazione del contratto<sup>20</sup>.

In giurisprudenza, invece, in relazione soprattutto alla dimensione economica dei dati, si parla di patrimonializzazione del dato per via dello sfruttamento a fini di lucro degli stessi, dovuto all'inconsapevolezza dell'utente. La cessione e lo sfruttamento dei dati avverrebbero in modo inconsapevole da parte dell'utente,

---

C-157/23, ECLI:EU:C:2024:1045, sull'importanza del marchio ai fini dell'attribuzione della responsabilità ai sensi dell'art. 3, par. 1, dir. 85/374/CEE.

<sup>19</sup> C. 42) «Per i trattamenti basati sul consenso dell'interessato, il titolare del trattamento dovrebbe essere in grado di dimostrare che l'interessato ha acconsentito al trattamento. In particolare, nel contesto di una dichiarazione scritta relativa a un'altra questione dovrebbero esistere garanzie che assicurino che l'interessato sia consapevole del fatto di esprimere un consenso e della misura in cui ciò avviene. In conformità della Direttiva 93/13/CEE del Consiglio è opportuno prevedere una dichiarazione di consenso predisposta dal titolare del trattamento in una forma comprensibile e facilmente accessibile, che usi un linguaggio semplice e chiaro e non contenga clausole abusive. Ai fini di un consenso informato, l'interessato dovrebbe essere posto a conoscenza almeno dell'identità del titolare del trattamento e delle finalità del trattamento cui sono destinati i dati personali. Il consenso non dovrebbe essere considerato liberamente espresso se l'interessato non è in grado di operare una scelta autenticamente libera o è nell'impossibilità di rifiutare o revocare il consenso senza subire pregiudizio». C. 43) «Per assicurare la libertà di espressione del consenso, è opportuno che il consenso non costituisca un valido presupposto per il trattamento dei dati personali in un caso specifico, qualora esista un evidente squilibrio tra l'interessato e il titolare del trattamento, specie quando il titolare del trattamento è un'autorità pubblica e ciò rende pertanto improbabile che il consenso sia stato espresso liberamente in tutte le circostanze di tale situazione specifica. Si presume che il consenso non sia stato liberamente espresso se non è possibile esprimere un consenso separato a distinti trattamenti di dati personali, nonostante sia appropriato nel singolo caso, o se l'esecuzione di un contratto, compresa la prestazione di un servizio, non è subordinata al consenso sebbene esso non sia necessario per tale esecuzione».

<sup>20</sup> BARENGHI, *Diritto dei consumatori*, Padova, II ed., 2020, 173 ss.

che viene, tra l'altro, profilato<sup>21</sup>. Ciò che rileva dunque è sicuramente l'assenza di informativa e di consenso, ma anche il piano soggettivo di "inconsapevolezza" dell'interessato non solo rispetto al contenuto proposto, ma con riguardo alla tutela di sé stesso e dei propri dati personali.

Il Gdpr risponde alle vulnerabilità, dovuta anche ad inconsapevolezza, in diversi modi, il primo dei quali ripropone, appunto, il principio di trasparenza negli artt. 12, 13, 17, a cui si aggiunge un approccio basato sul rischio ovvero la previsione di alcuni strumenti atti a garantire i presupposti concreti per l'attuazione della trasparenza, tra cui i codici di condotta (art. 40 Gdpr), la valutazione di impatto sui diritti fondamentali (cd. Dpia artt. 35 e 36 Gdpr), la *privacy by design* (art. 25 Gdpr), in attuazione del principio di minimizzazione (art. 5.1 lett. c)) Gdpr<sup>22</sup>.

I sistemi di intelligenza artificiale, inoltre, incontrano i dati, quando vengono addestrati i sistemi e il principio di minimizzazione di cui all'art. 5.1 lett. b) del Gdpr impone, dunque, a tale proposito, che i dati personali vengano raccolti per finalità legittime e limitatamente a quelli strettamente necessari per la realizzazione di tale finalità.

Nell'AI Act emergono le finalità illecite annunciate nel Gdpr, riconducibili tanto a situazioni che riguardano il singolo quanto la collettività nella sua interezza<sup>23</sup>, poiché tra i sistemi vietati ricorrono quelli in grado di classificare i gruppi.

L'art. 5 considera inaccettabili e per questo vieta l'immissione sul mercato o la messa in servizio e l'uso di sistemi in grado di distorcere il comportamento di una persona o di un gruppo di persone e dunque anche non consumatori (cfr. art. 5 lett. a) e b)). Tali sono i sistemi di IA volti a conseguire la manipolazione degli utenti che comportano, da parte di quest'ultimi, comportamenti non voluti o che conducano ad assumere decisioni viziate nel processo di scelta, con l'effetto di distorcere il comportamento e di incidere sulla generalità oltre a quelli che adottano tecniche manipolative in grado di causare «*danni significativi*» anche per la salute fisica e psicologica e infine quelli deputati al *social scoring* ovvero che classificano le emozioni o praticano la profilazione della persona su base emozionale e dunque trattano dati particolari di cui all'art. 9 Gdpr 1° co).

Risulta evidente che è molto importante capire quali sistemi sono realmente in grado di sfruttare le vulnerabilità, approfittando di situazioni di disabilità, ma anche di difficoltà. Tali risulterebbero quelli riconducibili a sistemi in grado di apportare un danno "significativo" e dunque un danno patrimoniale, ma anche una situazione di invalidità temporanea o permanente per la persona<sup>24</sup> (cfr. art. 5, par. 1, lett. a) e b)).

<sup>21</sup> Cfr. in tal senso T.A.R. Lazio, Sez. I, 10 gennaio 2020, n. 260 e Cons. St., 29 marzo 2021, n. 2631.

<sup>22</sup> MALGIERI, *Vulnerability and data protection law*, Oxford, 2023, 255 ss.

<sup>23</sup> ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 537 s.

<sup>24</sup> ALPA, *Manuale di Diritto privato*, XI ed., Milano, 2020, 921 s. «[...] nel concetto di danno ingiusto risarcibile devono essere inclusi interessi particolarmente tutelati dall'ordinamento e corrispondenti ai valori più importanti della società: i valori della persona umana, da un lato, e quelli della proprietà dall'altro, identificabili con i diritti soggettivi assoluti, che trovano diretto riconoscimento e tutela nella Costituzione».

## 5. Il reg. 2019/1150/UE e la “folla” ordinata degli utenti delle piattaforme *on line*

Se la trasparenza è centrale nella tutela dei consumatori e degli utenti nei servizi a domanda individuale, ancora di più lo diventa quando il rapporto si fa trilaterale e si stabilisce tra piattaforme e utenti/consumatori<sup>25</sup>, dove il concetto di utenza è assorbente e deve essere inteso anche con riguardo ai professionisti.

La casistica presente sul *web* è varia e solo per fare alcuni esempi, in alcuni casi gli utenti si servono delle piattaforme Amazon, E bay, Uber e Airbnb per offrire alcuni servizi ai consumatori finali<sup>26</sup>.

Nel caso dei *social network*, essi raccolgono, analizzano ed elaborano le informazioni fornite dai primi per offrire loro servizi pubblicitari mirati, a cui possono aggiungersi servizi aggiuntivi a pagamento.

Il rapporto da bilaterale diventa trilaterale perché le piattaforme si incontrano e stabiliscono alleanze per offrire servizi ai terzi, altri professionisti o consumatori, congiuntamente inquadrabili nel concetto più evoluto e più ampio di utenza.

Dall'asimmetria di potere contrattuale tra le parti in cui è presente un contraente debole (vulnerabile) e uno più forte (perché in possesso di più informazioni o perché più consapevole o perché assegnatario di un ruolo socio economico maggiore, che corrisponde a maggiore potere decisionale e forza contrattuale) si passa ad una situazione di estesa vulnerabilità anche alle fasce e agli operatori tradizionalmente riconosciute più forti, ma adesso ugualmente esposte, perché schiacciati dal peso di altre piattaforme, assegnatarie di poteri decisionali. Quest'ultime, infatti, sono in grado di determinare le condizioni economiche in via unilaterale e di decidere, sempre in via unilaterale, l'organizzazione stessa del mercato (*on line*) attraverso ad es. il posizionamento, fino a inserire nel sistema (e comminare) sanzioni, quali la sospensione, la limitazione o l'interruzione del servizio la risoluzione del contratto senza preavviso<sup>27</sup>.

Il reg. 2019/1150/UE interviene così per colmare un vuoto e cerca di regolamentare e mettere ordine nella “folla” del mercato *on line*<sup>28</sup>, in cui dinamicità non sempre corrisponde a collaborazione, quale strumento idoneo a creare opportunità di ricchezza e qualità dei contenuti.

Il Regolamento in parola risponde con strumenti di tutela intesi a garantire un trattamento più equo e trasparente, dunque, degli utenti commerciali da parte

---

<sup>25</sup> MAGRI, *Il consumatore digitale*, in MAGRI - MARTINELLI - TOBANI (a cura di), *Manuale di diritto privato delle nuove tecnologie*, Torino, 2022, 3 ss.

<sup>26</sup> PASCUZZI, *Il diritto dell'era digitale*, cit., 178 s.

<sup>27</sup> PASCUZZI, *ID.* Sull'ampliamento, inoltre, della nozione di consumatore anche alle persone giuridiche, in dottrina cfr. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., 344 s.; VALENZA, *La figura del consumatore nel codice del consumo*, cit., 87 ss; GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in BIANCA - BUSNELLI (a cura di), *Commentario al Capo XIV-bis del codice civile: dei contratti del consumatore*, Padova, 1997, 803 ss.

<sup>28</sup> QUARTA - SMORTO, *Diritto privato dei mercati digitali*, Città Di Castello (PG), I ed., 2020, 113 s., per cui «La collaborazione tra le persone, l'interazione con la “folla” e la comunità di utenti, sono la fonte di valore più importanti per l'impresa».

delle piattaforme e dei motori di ricerca *on line*.

L'ambito oggettivo del regolamento (cfr. art. 1 e C. 11) interessa i mercati del commercio *on line* (siti *web* e piattaforme di vendita *on line*), inclusi i social media e i motori di ricerca *on line* ovvero tutte quelle attività che, per mezzo dell'uso delle tecnologie dell'informazione e della comunicazione, facilitano le interazioni e le transazioni commerciali e implicano, comunque, una relazione con i consumatori finali (cfr. C. 11).

L'ambito soggettivo del regolamento, invece, si estende a chiunque svolga una funzione di "intermediazione *on line*" indipendentemente dal fatto che siano stabiliti in uno stato membro o fuori dall'Unione, in presenza di determinate condizioni (Cfr. C. 9).

L'estensione del perimetro soggettivo e oggettivo della norma risponde alle esigenze di garanzia di un mercato *on line* competitivo, equo e trasparente appunto (cfr. C. 3), in grado di attuare pienamente il principio di responsabilità a carico dei soggetti più forti.

Si garantiscono le piccole e medie imprese dalla concorrenza sleale dei gestori delle piattaforme dell'*e-commerce*, che più degli altri dispongono di informazioni e ne sfruttano il potenziale, distorcendo il mercato (cfr. C. 15 e ss), scongiurando fenomeni di dipendenza dai servizi di intermediazione *on line* degli utenti commerciali per raggiungere i consumatori (cfr. C. 2).

Tutto questo aiuta ad incrementare la fiducia nella trasparenza del mercato *on line*, nell'ambito del quale, l'intensità dei traffici e il numero delle transazioni aumenta progressivamente<sup>29</sup> e rappresenta un fenomeno sociale costante e rilevante.

La trasparenza delle informazioni (cfr. artt. 7 e 9) tra operatori economici e tra essi e i consumatori (cfr. art. 10) diviene un mezzo di contrasto dell'abuso di posizione dominante.

La tutela del consumatore e delle fasce di venditori più vulnerabili e il buon funzionamento del mercato, vengono garantiti secondo un modello anticipatorio che prevede la disciplina del posizionamento (art. 5), la predeterminazione dei criteri in base ai quali avviene il collocamento e la visibilità del prodotto *on line* e gli obblighi informativi (cfr. art. 6), anziché essere posticipata, in via rimediata e riparatoria, attraverso la previsione di divieti e l'applicazione di sanzioni<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Da un'indagine dell'Osservatorio E-Commerce B2 C del Politecnico di Milano, nel 2023 gli acquisti *on line* si attestano intorno ai 54,2 mld di euro con un aumento del 13% rispetto al 2022; Amazon nel 4° trimestre 2023 ha registrato 170 mld ovvero + 14%; Me ta nel 3° trimestre 2023 34,15 mld ovvero + 23% con 2,09 mld di utenti attivi quotidiani e 3,05 mensili; Pornhub, Stripchat, Xvideos superano i 45 milioni di utenti mensili. Nel 2024 valevano 58, 8 mld di euro ovvero più 6% rispetto al 2023. <https://www.osservatori.net>.

<sup>30</sup> In tal senso cfr. Cass. Civ., SS.UU., 04 febbraio 2005, n. 2207, menzionata in PROIETTI, *La pubblicità nell'era delle nuove tecnologie*, in ALPA (a cura di) *Diritto e intelligenza artificiale*, Pisa, 2020, 171 s., che riporta un passo della decisione per cui «La legge antitrust non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse [...] alla conservazione del suo carattere competitivo» ovvero anche i consumatori perché titolari di un diritto «di scelta effettiva tra produttori concorrenti». In tal senso più recentemente cfr. anche Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2025,

A ben vedere la sola sanzione reperibile nel regolamento in esame è quella afferente al regolamento contrattuale (cfr. C. 20), che prevede la nullità, dunque con effetto *ex tunc* ed *erga omnes*, delle clausole non conformi e delle clausole di modifica effettuate in violazione dell'obbligo di preavviso di cui all'art. 4, che confermerebbero l'imperatività delle disposizioni inerenti alla limitazione, sospensione e cessazione dei servizi di intermediazione, che deve avvenire secondo standard e parametri fissi e determinati in modo imperativo.

Il diritto dei contratti degli stati membri esce complessivamente rafforzato da questo regolamento, che ne integra la portata, visto che interviene a spiegare la propria efficacia soprattutto quando vengono svolte transazioni connotate da gratuità delle prestazioni.

Il riferimento è alle big tech, che, come noto, offrono servizi in cambio di dati, sostitutivi del prezzo quale remunerazione.

Il regolamento in esame inserisce, pertanto, nel sistema elementi di etero regolamentazione anziché di autodeterminazione quanto ai contenuti, la moderazione degli stessi, l'organizzazione, la rimozione e le sanzioni in un campo come quello dei dati, che per l'elevata e rilevante dimensione sociale che lo caratterizza, richiederebbe addirittura una regolamentazione in grado di provenire dai pubblici poteri, senza restare confinata nell'ambito strettamente privatistico e negoziale<sup>31</sup>.

Nell'ambito di questo regolamento, il principio della concorrenza ha modo di affermarsi anche nell'universo delle transazioni *online*, con lo scopo di regolamentare alcuni aspetti, migliorare i servizi, la qualità delle operazioni commerciali, offrire strumenti di tutela sia agli operatori più piccoli che ai consumatori, riconducendo entrambi nell'alveo delle vulnerabilità. Il principio di concorrenza diventa il contributo per un mercato (*on line*) maggiormente sostenibile visto che per la dispersività spazio-temporale che lo caratterizza si presta ad una maggiore frammentarietà e inconsapevolezza di chi fruisce dei servizi.

In questo quadro, i codici di condotta si collocano su un'area mediana tra controllo pubblico e autonomia negoziale ovvero nascono e agiscono in una dimensione privatistica, ma rispondono al contempo alle esigenze costituzionali di cui all'art. 41 Cost.

L'art. 17 contiene l'espressa previsione intesa a favorire e promuovere l'elaborazione di codici di condotta da parte dei fornitori di servizi di

---

n. 626, per cui «presupposto dell'illecito concorrenziale è la comunanza di clientela, che non è data dall'identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti, uguali ovvero affini o succedanei a quelli posti in commercio che sono in grado di soddisfare quel bisogno, vi è rapporto di concorrenza tra imprenditori che si avvalgono per la commercializzazione degli stessi prodotti, di differenti canali di distribuzione (nella specie: l'offerta in punti di vendita dislocati sul territorio e l'offerta *on line*)», attribuendo con la sentenza in argomento un ruolo attivo nel mercato anche al consumatore, inteso come soggetto collettivo. La sentenza in argomento è importante anche perché riporta i consumi nell'alveo dei bisogni (individuali e di massa).

<sup>31</sup> BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, in *Diritto pubblico*, 2021, 754 s.

intermediazione *on line* nonché delle organizzazioni e delle associazioni rappresentative di quest'ultime unitamente agli utenti commerciali e incluse le piccole e medie imprese.

La scelta del legislatore comunitario di andare verso una tutela di tipo anticipatorio o precontrattuale anziché sanzionatoria o rimediale, riflette la volontà di quest'ultimo di delegare all'autonomia privata la risoluzione delle controversie attraverso la previsione di sistemi interni di gestione dei reclami (art. 11), servizi di mediazione per la risoluzione extragiudiziale delle controversie (art. 12), l'istituzione di mediatori specializzati da parte dei fornitori di servizi di intermediazione *on line*, nonché delle organizzazioni e associazioni rappresentative di quest'ultimi (art. 13), fino all'elaborazione, appunto, dei codici di condotta (art. 17).

La scelta di questo provvedimento è quella di tutelare il consumatore e l'utente avvicinando le categorie dei consumatori e delle imprese di minori dimensioni, ma attraverso la previsione di strumenti di tutela *ex ante* anziché attraverso strumenti rimediali *ex post* e divieti.

Si inizia in qualche modo ad introdurre strumenti di tutela in grado di proteggere prima di tutto il consumatore dalle proprie debolezze e vulnerabilità, rendendolo prima di tutto più consapevole, attento e informato oltre che più libero dalla superficialità e dall'immediatezza dei bisogni.

## 6. Il Digital Service Act (DSA) e gli utenti delle piattaforme *on line*

Se è vero che il comportamento massivo dei consumatori<sup>32</sup> è in grado di elevare il consumatore a vera e propria soggettività del mercato perché idoneo con le proprie tendenze e i propri gusti a orientare lo stesso e impattare sulla concorrenza, questa dimensione emerge con ogni evidenza nel Digital Service Act (Cd. Dsa), in cui la responsabilità e gli obblighi delle piattaforme cresce in modo proporzionato al numero degli utenti (Cd Vlop – *Very large on line platform* hanno 45 milioni di utenti)<sup>33</sup> e dove trovano espresso riconoscimento i comportamenti di gruppo oltre che del singolo, facendo emergere tutto il valore che l'ordinamento attribuisce alle vulnerabilità, che in modo inedito trovano

---

<sup>32</sup> Cfr. anche Cass. Civ., Sez. I, 10 gennaio 2025, n. 626, per cui «*presupposto dell'illecito concorrenziale è la comunanza di clientela, che non è data dall'identità soggettiva degli acquirenti dei prodotti, bensì dall'insieme dei consumatori che sentono il medesimo bisogno di mercato e, pertanto, si rivolgono a tutti i prodotti, uguali ovvero affini o succedanei a quelli posti in commercio che sono in grado di soddisfare quel bisogno, vi è rapporto di concorrenza tra imprenditori che si avvalgono per la commercializzazione degli stessi prodotti, di differenti canali di distribuzione (nella specie: l'offerta in punti di vendita dislocati sul territorio e l'offerta on line)*», confermando la sentenza in argomento un ruolo attivo nel mercato anche del consumatore, inteso come soggetto collettivo.

<sup>33</sup> Tali sono quelli inerenti alla pubblicazione regolare di rapporti sulla trasparenza, la conduzione di valutazioni del rischio, la messa a disposizione di alcuni dati per i ricercatori su richiesta, nonché, infine, cosa più rilevante offrire opzioni di rinuncia ai sistemi di raccomandazione (art. 38), raccogliere e rendere disponibili informazioni chiave sulle pratiche pubblicitarie (art. 39).

espresso riconoscimento giuridico.

Il Dsa interpreta in modo evolutivo il concetto di “folla”, che diventa “massa” (di utenti), in grado di far aumentare i livelli di responsabilità delle piattaforme, legate ai propri utenti in modo più marcato, definito e soprattutto omnicomprensivo ovvero non solo con riguardo alle transazioni commerciali.

In tale contesto assumono rilievo fenomeni sociali come quelli delle “dipendenze”, entro cui il mercato non è più legato solo alla liceità della concorrenza, quale norma di ordine pubblico, ma a concetti che oltre ad essere propri della dimensione costituzionale, perché si trovano strettamente correlati alla persona, sembrano approdare verso la valorizzazione della dimensione sociale del contratto.

### **6.1. Il Dsa e la tutela dei consumatori**

Per quanto il Dsa sia un testo con un perimetro oggettivo e soggettivo, in grado di superare il regolamento 2019/1150/UE, trattando situazioni che vanno oltre le mere transazioni commerciali e intende rivolgersi agli utenti e alla rete in generale, esso non omette di dedicare una sezione specifica al consumatore, con ciò quasi a voler rinforzare l’idea di una differenziazione con gli altri utenti. Ad esso riserva, similmente a quanto già accadeva nel Codice delle Comunicazioni Elettroniche, la tracciabilità e la contattabilità dell’offerente il servizio, la tracciabilità dei fornitori e degli operatori commerciali nei contratti a distanza e l’accuratezza delle informazioni fornite dagli operatori (art. 30); la conformità delle interfacce *on line* sin dal momento della progettazione, in modo da essere adempienti rispetto alla completezza e chiarezza delle informazioni precontrattuali nonché per la conformità e la sicurezza del prodotto, unitamente all’identificazione del marchio per il commerciante (art. 31); detta procedure specifiche quanto all’obbligo di informazione verso gli utenti del prodotto o del servizio illegale, una volta che il fornitore ne sia venuto a conoscenza (art. 32).

Così procedendo la trasparenza viene intesa come trasparenza dei contenuti che circolano sul *web*, ma viene intesa anche come definizione dell’identità dei soggetti che rendono possibile l’accesso a quei contenuti.

La trasparenza assume un particolare valore in siti e contesti critici come quelli che riguardano i minori a cui il Dsa dedica un apposito articolo (cfr. art. 28), e/o che propongono contenuti potenzialmente abusanti e dunque pericolosi, prima ancora che dannosi, dei soggetti “vulnerabili”, come quelli in grado di assecondare “dipendenze”.

### **6.2. Il Dsa e le dipendenze**

Se parliamo di fenomeni di massa, che il DSA intende regolare, non possiamo ignorare il fatto che piattaforme come *Pornhub* e *Only fans* registrano più di 50 mln di iscritti e rappresentano un fenomeno di massa con impatti sociali rilevanti e crescenti. Questo perché dai dati, tra l’altro di difficile reperimento, emerge che in tali contesti, che dichiarano 100 mld di video visualizzati per anno, 100 mln di

visite al giorno e 36 mld l'anno, tra i fruitori l'età si sta abbassando costantemente, progressivamente e in modo preoccupante, fino ai sette, otto anni di età<sup>34</sup>.

La misura della vulnerabilità, non avviene, pertanto, solo su parametri originati dalla debolezza contrattuale del consenso espresso dal consumatore finale (quanto alla corretta formazione, scevro da errori, da condizionamenti e manipolazioni e dunque libero, cfr. C. n. 30 e ss), ma dipende più che altro da ciò che viene proposto dagli algoritmi in base ad automatismi auto apprenditivi e predittivi, che profilano l'utente in base ai suoi dati o meglio alle tracce lasciate da questo sulla rete, con il rischio che tale profilazione avvenga in modo acritico e discriminatorio, quando vengono utilizzati dati personali e sensibili, che dichiarano orientamenti, abitudini, comportamenti e modi di pensare o meglio di credere<sup>35</sup>.

I sistemi di raccomandazione personalizzati utilizzano, infatti, i trascorsi degli utenti sul *web* (e non solo vista la potenziale tracciabilità della tecnologia anche fuori dal contesto *on line*) per personalizzare i contenuti e aumentare il coinvolgimento, abusando delle fragilità emotive e della mancanza di capacità critica.

Nel Dsa è possibile trovare alcune disposizioni che hanno l'obiettivo di scongiurare l'utilizzo dei dati personali forniti dai consumatori e la profilazione delle scelte e dei comportamenti in fase di acquisto, con meccanismi rigidi di classificazione, in grado di riportare quest'ultimi ad un passato inesorabilmente legato a trascorsi di vita connotati da rassegnazione anziché aperti al futuro e al cambiamento. Questo perché la classificazione del singolo e dei gruppi, ravvisabile anche nell'art. 5 Ai Act, avviene in relazione a scelte passate, con la pretesa di condizionare anche quelle del presente e del futuro, precludendo, in tal modo, possibilità evolutive e introducendo elementi di rischio per un progressivo decadimento della salute mentale.

Eppure oltre la dimensione contrattuale e precontrattuale tra imprenditori e tra questi e i consumatori, riscontrabile nei regolamenti esaminati, il Dsa propone norme evolutive che si avvicinano alla dimensione pubblica, perché esso intende garantire un ambiente digitale "*sicuro, affidabile, prevedibile*" stabilendo regole e procedure specifiche a carico delle piattaforme, per la tutela dei diritti fondamentali degli utenti e dei consumatori nonché per assicurare la legalità delle comunicazioni sul *web*.

Il concetto di "*prevedibilità*" sembra, tuttavia, entrare in crisi quando si scontra con una realtà che fa di tutto per assecondare i bisogni degli utenti, ivi incluse le dipendenze di quest'ultimi.

Nel tentativo di inquadrare il concetto di dipendenza vediamo che esso più che

---

<sup>34</sup> BASSI - DELLA PUTTA, *Pornografia e revenge porn. La sessualità negata*. Roma, 2024, 34 ss.

<sup>35</sup> ID., 40 s. «Le interazioni che le piattaforme di pornografia digitale registrano sono analizzate da professionisti della Princeton University e del Kinsey Institute dell'Università dell'Indiana, che le rielaborano, passando da un'area di macro-dati ad una di micro-dati che divengono parte di quel patrimonio di informazioni commerciali utili per i mercati e anche per scopi inerenti alla sfera sociale. In sostanza si tratta della profilazione degli individui su vasta scala e probabilmente di uno dei maggiori studi sul genere umano».

un ambiente prevedibile necessiterebbe di elementi di imprevedibilità, atti ad interrompere e mettere un limite ai comportamenti ripetitivi e di apparente normalità<sup>36</sup>, che stanno alla base delle dipendenze psicologiche.

Se esaminiamo la letteratura sull'argomento emerge, infatti, che la dipendenza che l'utente instaura con piattaforme come Pornhub, oltre ad essere psicologica e non organica nel senso che non intacca la biologia del corpo, propone, tuttavia, vissuti di sedazione delle emozioni, agendo in modo indisturbato sul piano, più superficiale, delle facili sensazioni, che possono rappresentare una seduttiva via di fuga e di salvezza, soprattutto per gli utenti più giovani e vulnerabili come gli adolescenti, che possono trovarsi disorientati di fronte al rapporto e alle dimensioni di diversità tipiche della loro età.

Senza coinvolgimento affettivo e con la riproposizione di contenuti ripetitivi e uguali a sé stessi, essi trovano nell'ambiente della rete una sicurezza illusoria, che esclude, tuttavia, ogni possibilità di crescita e di trasformazione emotiva, togliendo senso al tempo che scorre, precludendo o limitando possibilità individuali realmente evolutive<sup>37</sup>.

### 6.3. Il Dsa e l'utile intersezione con il Gdpr

Tutto quanto esposto nel paragrafo precedente se proposto dalle piattaforme senza sbarramenti e soprattutto se tollerato dalla dimensione pubblica, può trasformarsi in una violenza, quando ad essere coinvolti sono ad es. dei minori e persone vulnerabili, ma chi decide se un contenuto è violento deve essere soggettività terza rispetto a chi impiega i dati e a chi eroga il contenuto dovrebbe essere precluso il trattamento dei medesimi.

Alcune disposizioni del Dsa mirano a scongiurare l'utilizzo dei dati personali forniti dai consumatori e cercano di contenere la profilazione delle scelte e dei comportamenti in fase di acquisto.

La profilazione, come noto, è funzionale al marketing, per cui per mezzo della proposizione di messaggi pubblicitari specifici e mirati, si alimentano dinamiche di dipendenza anziché indicare vie di fuga rispetto a situazioni di crisi e di vulnerabilità emotiva, che riguardano minori, ma anche adulti<sup>38</sup>, con evidente

---

<sup>36</sup> ID., 28 s. «Oggi è molto difficile esprimere una critica verso il fenomeno della pornografia, soprattutto per i giovani, perché è facile essere additati come sessuofobi, moralisti, bacchettoni, e la nostra società si divide fra coloro che danno per scontati e normali l'offerta e il consumo di pornografia e coloro che, non interessandosene, si limitano a considerarla qualcosa di deplorabile ma da tollerare in quanto questione privata di libertà individuale».

<sup>37</sup> ID., 40 s., per cui «questa dinamica di controllo generalizzata strumentalizza aspetti di vulnerabilità personale, proponendo la dipendenza come facile soluzione a qualsiasi crisi identitaria attraverso un pensiero ripetitivo perché ancorato a un atteggiamento verso la vita ritenuto ineluttabile: il modello cui gli ingegneri del porno fanno riferimento è quello di un essere umano guidato nel suo agire dalla coazione a ripetere dinamiche consolidate, quindi facilmente prevedibile e manipolabile in funzione del mercato».

<sup>38</sup> GORGONI, *La vulnerabilità nell'ambiente digitale e la protezione della libertà del volere*, in *Pers. e*

violazione degli artt. 2 e 32 Cost.

Le violazioni che emergono sono afferenti alle libertà e ai diritti fondamentali, che richiedono sicuramente strumenti di tutela importanti, che recuperano la dimensione e la dignità sociale del contratto e che riguardano la nullità della causa alla base del rapporto, in quanto illecita perché contraria a norme sul buon costume o lesiva di regole etiche fondamentali<sup>39</sup>, perché in grado di mettere in pericolo l'integrità psicofisica della persona<sup>40</sup>.

L'esigenza di controllo degli abusi contrattuali insiti nella formazione alterata del consenso, proprio in virtù di questa visione alterata della realtà, funzionali tra l'altro all'abuso di posizione predominante sul mercato, rilevano, infatti, per la loro dannosità sociale oltre che del singolo<sup>41</sup>, in quanto legate a condotte specifiche e non episodiche, che impattano sul comportamento della generalità dei consociati e distorcono in modo significativo il mercato, a danno dei soggetti più deboli, siano essi consumatori, utenti o imprese.

Non è possibile, dunque, trascurare il fatto che il contratto sembra nascere nullo già in origine, in quanto lesivo di interessi protetti superiori, quali la salute e il principio di uguaglianza.

Il Dsa, inoltre, pur richiamando nelle definizioni la nozione di società dell'informazione (di cui all'art. 1, 1° co), lett. b), dir. 2015/1535/UE e del Codice delle Comunicazioni Elettroniche), che avviene su richiesta individuale, tuttavia, sembra considerare gli utenti nella loro complessità, in senso dinamico ed evolutivo ovvero sembra prendere in considerazione e preoccuparsi degli effetti negativi dei servizi e dei prodotti *on line* sulla massa degli utenti e questo emerge, come già esaminato, con il crescere di obblighi e in relazione all'aumentare e all'importanza delle piattaforme.

In modo specifico e in relazione alla categoria delle piattaforme *on line*, l'art. 26 contiene più che un divieto, una formula assertiva (di cui il Dsa è pieno) in cui

---

*Merc.*, III, 2024, 915 ss. ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, in *Pers. e Merc.*, IV, 2022, 535 s.

<sup>39</sup> ALPA, *Manuale di diritto privato*, cit., 540 s. «Il negozio è immorale quando è contrario al buon costume ovvero viola le regole etiche fondamentali».

<sup>40</sup> ID, 258 s. Vale la pena citare un passo dell'autore dell'opera secondo cui «La garanzia costituzionale del "diritto alla salute" prevista dall'art. 32 non deve infatti considerarsi come generica direttiva impartita agli organi dello stato deputati all'assistenza morale e materiale dei cittadini, ma, nel suo contenuto più pregnante, si pone come un limite già previsto nell'espressione "sicurezza, dignità, libertà", ma, senz'altro più preciso e specifico delle attività economiche private. Lungi dall'esprimere una direttiva meramente programmatica, confermando una realtà giuridico-sociale, già esistente nello stato moderno l'art. 32 (collocato nell'ambito dei rapporti etico-sociali ma non per questo tale da considerare meno rilevante di altri principi contenuti nei diritti fondamentali o nella disciplina dei rapporti economici) esprime piuttosto una garanzia costituzionale di un "diritto sociale", che ha "preciso valore giuridico ed immediata operatività"», richiamato in nota e nello stesso senso in BIANCA, *Diritto civile, 3 Il Contratto*, cit., 339 s.

<sup>41</sup> BIANCA, *Diritto civile, 3 Il contratto*, cit., 338-339; ORLANDO, *Per un sindacato di liceità del consenso privacy*, cit., 530 s. «La socialità è la sintesi tra i comportamenti osservati e quelli accettati all'interno di una comunità».

viene preclusa la possibilità ai fornitori di piattaforme on line di presentare pubblicità ai destinatari del servizio basate sulla profilazione, mutuando la definizione dall'art. 4.4. del regolamento 2016/679/UE (Gdpr) e utilizzando le categorie speciali di dati personali (sensibili) di cui all'art. 9, 1° co), sempre del Gdpr, con finalità evidentemente discriminatorie.

Il successivo articolo, ovvero l'art. 27 (sistemi di raccomandazione) specifica che è prerogativa degli utenti modificare in qualunque momento o influenzare i dati principali e le opzioni preferite.

Tale disposizione va letta in modo sistematico con gli artt. successivi per cui partendo dal presupposto che tra i rischi sistemici, che le Vlop sono tenute a valutare, vi rientrano espressamente non solo la violenza di genere, la violenza *on line*, la protezione della salute pubblica e dei minori, ma anche le gravi conseguenze negative per il benessere fisico e mentale della persona (cfr. art. 34), le grandi piattaforme, una volta valutati i rischi, devono anche adottare misure di attenuazione e questo non solo per la tutela dei minori (art. 35, 1° co), lett. J)), ma della "persona" in generale.

L'art. 38 Dsa aggiunge ai requisiti di cui all'art. 27 per la trasparenza dei sistemi di raccomandazione delle piattaforme *on line*, la possibilità per gli utenti delle Vlop di avvalersi dell'opzione, che esclude la profilazione, selezionabile e modificabile sempre (C. 68).

Stabilire, pertanto, se una piattaforma risponde ai requisiti di Vlop è molto importante perché il contrario consente di sottrarsi ad obblighi altrettanto rilevanti; le Vlop, inoltre, non possono avvalersi del profilo agevolante dell'esonero di responsabilità, previsto per le altre<sup>42</sup> tipologie, sempre disciplinate nel Dsa.

Più cresci più assumi responsabilità verso la dimensione pubblica, sembra volerci dire il legislatore.

Le disposizioni appena menzionate che considerano il rischio sistemico, vanno lette alla luce del C. 1) in cui si parla di rischi sistemici correlati non solo alla disinformazione *on line*, ma facendo ricorso alla generica locuzione "*altri rischi*", distinguendoli dai primi, illegali e correlati alla disinformazione.

Coerentemente viene ribadito che i destinatari del servizio sono non solo i consumatori, ma anche gli altri utenti e altrettanto coerentemente vengono espressamente considerate come classe di utenti vulnerabili anche «*altre*» categorie di utenti oltre i minori. Il C. 69 parla, a tale proposito, di pratiche che presentano un rischio per la società molto elevato, raccomandando, per questa ragione, ai

---

<sup>42</sup> Cfr. in tal senso Corte giust., C. 638/2023, ECLI:EU:C:2025:127, per la definizione di Vlop: ha ribadito che per definirsi tali occorrono 45 milioni di utenti, la prevalenza dell'interesse pubblico portato dal rispetto degli artt. 38 e 39 del Dsa sugli interessi privati delle grandi piattaforme al segreto commerciale e al vantaggio competitivo che esso comporta, confermando, al contempo, la doverosità a carico delle grandi piattaforme dell'aggiornamento dei registri delle informazioni nel rispetto del principio di trasparenza. Cfr. anche Edpb, Opinion 08/2024, adottata il 17 aprile 2024, per cui per Vlop «*deve intendersi una piattaforma con un elevato numero di utenti, una posizione rilevante sul mercato e che trattano dati su larga scala*», consultabile in [www.edpb.europa.eu](http://www.edpb.europa.eu).

fornitori di non presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione<sup>43</sup>.

## **7. La Risoluzione del Parlamento Europeo del 12 dicembre 2023 sulla progettazione di servizi on line che crea dipendenza e sulla tutela dei consumatori nel mercato unico dell'UE**

Questo documento conferma e sintetizza quanto affermato fino ad adesso, offrendo spunti operativi degni di attenzione. Nelle premesse ribadisce che ormai le dipendenze *on line* riguardano i minori, gli adolescenti e i giovani tra i 16 e i 24 anni, che trascorrono più di 7 ore al giorno su internet in modo disfunzionale e problematico. Ha modo, inoltre, di precisare che tale tipologia di dipendenza è in grado di comportare effetti molto simili alle dipendenze da stupefacenti con conseguenze irreversibili e dunque connotate da “gravità” nella fase di misurazione dei rischi, perché in grado di incidere sullo sviluppo del cervello.

Sempre nelle premesse ha modo di affermare che un ruolo rilevante è dato dalla progettazione, in grado di avere un impatto negativo su tutti e non solo sugli utenti che manifestano un uso problematico. La progettazione è in grado di fornire un sovraccarico di informazioni e molteplici stimoli sensoriali che impattano, appunto, sulle sensazioni compromettendo, al contempo, anche la capacità di provare emozioni e di sentire ad un livello più profondo.

Tale Risoluzione nelle premesse ammette espressamente che alcune interfacce dei servizi digitali sfruttano le vulnerabilità psicologiche simili a quelle che portano alle dipendenze da giochi d'azzardo. Questo induce inevitabilmente a riflettere anche su un possibile ampliamento della casistica dei divieti circa l'applicazione delle disposizioni di cui al Capo I bis di cui al Codice del Consumo, in merito alla remunerazione in dati quale prezzo corrisposto nei contratti di fornitura di contenuto digitale e di servizi digitali.

Tali servizi basati sui dati, spingono il consumatore verso una situazione di maggiore debolezza creando squilibri di potere e asimmetria digitale. Il consumatore deve per forza di cose interfacciarsi con sistemi di ia che dispongono di una moltitudine di informazioni, messe a sistema, per creare un sempre

---

<sup>43</sup> C. 69 «Quando ai destinatari del servizio vengono presentate inserzioni pubblicitarie basate su tecniche di targeting ottimizzate per soddisfare i loro interessi e potenzialmente attirare le loro vulnerabilità, ciò può avere effetti negativi particolarmente gravi. In alcuni casi, le tecniche di manipolazione, possono avere un impatto negativo su interi gruppi e amplificare i danni per la società, ad es. contribuendo a campagne di disinformazione o discriminando determinati gruppi. Le piattaforme on line sono ambienti particolarmente sensibili per tali pratiche e presentano un rischio per la società più elevato. Di conseguenza, i fornitori di piattaforme on line, non dovrebbero presentare inserzioni pubblicitarie basate sulla profilazione, come definite all'art. 4.4 del Gdpr utilizzando le categorie speciali di dati personali di cui all'art. 9, par. 1, dello stesso Regolamento, anche utilizzando categorie di profilazione basate su tali categorie speciali. Tale divieto lascia impregiudicati gli obblighi applicabili ai fornitori di piattaforme on line o a qualsiasi altro fornitore di servizi o inserzionista coinvolto nella diffusione della pubblicità a norma del diritto dell'Unione in materia di protezione di dati personali».

maggiore coinvolgimento, dal quale è molto difficile sviluppare una distanza o separarsi senza provare angoscia e dunque il sistema è in grado di rilevare e sfruttare questa vulnerabilità, massimizzando i tassi di conversione e i tempi di coinvolgimento.

Trattasi di attività continue e protratte nel tempo, organizzate e concepite per sfruttare queste situazioni di vulnerabilità e fragilità interiore.

Conclude nel senso che tutto quanto sopra conferma che il concetto di vulnerabilità non riguarda solo i gruppi tradizionalmente protetti, ma deve includere tutti i consumatori, sfruttati da questa tipologia di sistemi.

Controllare l'adeguatezza digitale, la progettazione, i sistemi di interfaccia è molto importante per arrivare ad un consenso realmente consapevole e libero da condizionamenti e dunque valido per costituire la base sul quale possa costruirsi il trattamento lecito dei dati personali.

Tra le raccomandazioni la Risoluzione non dimentica la disattivazione delle notifiche per impostazione predefinita, la neutralità dei consigli *on line*, appositi *alert* quando gli utenti superano i 15 o 30 minuti di tempo trascorso *on line* su servizi specifici, il blocco di alcuni servizi dopo un tempo predefinito o la limitazione dell'accesso a determinati servizi in alcune fasce orarie, resoconti settimanali suddivisi per fasce di utenza.

## 8. Conclusioni

Per contenere il potere delle piattaforme, per raggiungere il pubblico in modo rigoroso e rispettoso dei diritti e delle libertà fondamentali, quali la privacy e la concorrenza, non sono sufficienti le sanzioni contrattuali e di *public enforcement*, che incidono solo marginalmente sui fatturati delle big tech.

Occorre fare caso ad un altro importante aspetto che cerca di guardare oltre «*il diritto e la dimensione costituzionale dell'antitrust, ma presta attenzione all'equità della competizione in modo non scisso dai diritti dei consumatori e degli utenti, che sono, prima di tutto, quelli di ricevere più servizi a fronte di una minore quantità di dati trattati*»<sup>44</sup>.

In presenza di un mercato connotato da assenza di prezzo, ma di elevato

---

<sup>44</sup> M. BETZU, *I poteri privati nella società digitale: oligopoli e antitrust*, cit., 754 s. Sul punto vedi anche Edpb, Position paper on Interplay between data protection and competition law, adottato il 16 gennaio 2025, per cui «*Eu data protection law and competition law are clearly distinct legal frameworks and fields of law that pursue different objectives. However, they have a number of potential commonalities, such as the protection of individuals and their choices. Indeed, while data protection policy aims to protect individuals from any unlawful or unfair processing of their personal data, competition policy aims to guarantee the conditions for free and undistorted competition between companies on the relevant markets in the interests of consumers, by promoting innovation, diversity of supply and attractive prices. This aim of protecting individuals in their role as consumers under competition law is expressed in the prohibition of cartels, abuse of dominant positions and countering anticompetitive mergers, which without intervention may lead to harm to consumers, in the form of higher prices, less choice or lower quality and innovation*» consultabile in [www.edpb.europa.eu](http://www.edpb.europa.eu).

valore conferito agli stessi, questo consentirebbe di andare oltre la mera condivisione dei dati tra soggetti economici e spostare l'attenzione verso consumatori e utenti, ai quali verrebbe restituita una centralità all'interno del mercato. Quest'ultimo dovrebbe rispondere in modo soddisfacente all'utente/consumatore con riguardo, prima di tutto, alle sue esigenze oltre che assecondare i suoi bisogni immediati, lasciando lo stesso maggiormente libero di immaginare un futuro meno prevedibile, basato su scelte responsabili di acquisto e fruizione dei servizi, connotato da meno vulnerabilità e rassegnazione, ma carico di speranza e possibilità evolutive legate al presente.

A questo corrisponderebbe anche una qualità dei servizi maggiore, contribuendo a migliorare il livello del mercato (non solo *on line*) e della società nel suo complesso.

La centralità del consumatore come persona verrebbe così maggiormente tutelata, in quanto basata non solo su un'ampia gamma di scelta che il mercato è in grado di offrire e che solo un livello elevato di competitività è in grado di garantire, a cui non sempre corrisponde un elevato livello di consapevolezza delle scelte consumeristiche, ma verrebbe tutelato soprattutto in base a regole autonome e superiori perché rispondenti ad interessi superiori, costituzionalmente protetti, meritevoli di attenzione da parte dei pubblici poteri, sanzionabile, tra l'altro, anche a livello contrattuale.

Se è vero che il buon funzionamento del mercato dipende dalla concorrenza, garantita in forma libera, in cui anche il consumatore avrebbe un ruolo dinamico e determinante<sup>45</sup>, esso potrebbe, in futuro, dipendere, soprattutto, dalla qualità dei servizi. Si emancipa il concetto di concorrenza, pertanto, non solo dal diritto contrattuale degli imprenditori esteso anche a quello dei consumatori, unico argine all'attività imprenditoriale e si approda ad un'evoluzione in senso pubblicistico, dove l'interesse del mercato si gioca sul piano della qualità e della collaborazione, più che della competizione e dove la concorrenza si riappropria di un valore e di una portata superiore corrispondente ad una funzione sociale e dunque bene giuridico meritevole di protezione costituzionale, in quanto rivolto alla persona oltre che al consumatore, immerso nella centralità di un presente "determinante" perché in grado di separarsi dal passato e di costruire un futuro diverso.

---

<sup>45</sup> BARBA, *Capacità del consumatore e funzionamento del mercato. Valutazione e divieto delle pratiche commerciali*. Torino, 2021, 11 ss.

**MINORI E SISTEMI DI *AGE VERIFICATION*:  
LA TUTELA DEI “MOBILE BORN”  
NELLA SOCIETÀ DELL’INFORMAZIONE °**

**Edoardo Salvatore**

*Dottorando di ricerca DiMaS del DISAG  
Università degli Studi di Siena*

Il contributo è volto ad analizzare il ruolo del minore nell’ambiente digitale al fine di offrire un’accurata analisi circa il trattamento dei dati dei minori a cui il legislatore europeo ha dedicato una puntuale disciplina circa l’età del consenso.

L’attenzione si concentra sul tema dell’*age verification* e su alcuni esempi di metodi per la verifica dell’età adottati dalle più importanti piattaforme online nell’ottica di dimostrare l’esigenza di equilibrio tra sicurezza del minore e protezione dei diritti e delle libertà fondamentali dello stesso.

The contribution is aimed at analysing the role of the child in the digital environment in order to offer an accurate analysis of the processing of children's data to which the European legislator has dedicated a precise discipline regarding the age of consent.

The focus is on the issue of age verification and on some examples of age verification methods adopted by the most important online platforms with a view to demonstrating the need for balance between the safety of the child and the protection of the child's fundamental rights and freedoms.

**Sommario:**

1. Il minore quale soggetto vulnerabile della rete
2. La tutela dei minori nel panorama europeo: riflessioni alla luce del GDPR
3. I sistemi di *age verification*: un’analisi critica di concetti in evoluzione

---

° Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Il minore quale soggetto vulnerabile della rete

È ormai noto che nell'era digitale caratterizzata da un'inarrestabile rivoluzione della comunicazione e dell'interazione personale<sup>1</sup>, i minori (e non solo) trascorrono una considerevole parte del loro tempo libero utilizzando *devices* elettronici (televisione, computer, *smartphone*...) generando «una serie di problemi, anche giuridici, non tutti adeguatamente affrontati e risolti in sede legislativa»<sup>2</sup>.

Tale cambio di paradigma, amplificato in modo ulteriore a seguito della pandemia da Covid-19 (la quale ha posto in evidenza la necessità di utilizzare strumenti informatici per lo svolgimento di attività quotidiane), impone un'attenta riflessione circa il ruolo e la posizione dei minori nel contesto digitale<sup>3</sup>.

Particolarmente significativo nello sviluppo della personalità dei c.d. «*mobile born*»<sup>4</sup>, espressione che ha sostituito il precedente epiteto «nativi digitali»<sup>5</sup> è, senza alcun dubbio, il ruolo di Internet (o “rete” telematica) sempre più accessibile da parte di tutti con ogni dispositivo elettronico e in ogni luogo<sup>6</sup>.

In effetti, nella rete Internet si verifica la circolazione di un'imponente quantità di informazioni disponibili, che in positivo possono essere utilizzate in modo proficuo per l'educazione dei minori, mentre in negativo potrebbero rappresentare un rischio per il sereno e completo sviluppo della loro identità. In questo senso, basti pensare a tutti quei siti che richiamano contenuti illeciti o pedopornografici, il cui accesso risulta estremamente facilitato da parte di chiunque a prescindere dall'età<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> Sulle nuove modalità di socializzazione da cui si sono sviluppati veri e propri «nuovi linguaggi» si veda CESARANO, *I nativi digitali tra rischi e opportunità. Le ricerche di Eu Kids online*, Lecce, 2018.

<sup>2</sup> In questi termini MAGNO, *Elementi di diritto minorile. La tutela dell'infanzia e dell'adolescenza nel diritto interno e internazionale*, Milano, 2019, 469.

<sup>3</sup> Sul tema si veda ALPA, *I contratti del minore. Appunti di diritto comparato*, in *(I) Contr.*, 2004, 517 ss., e più recentemente SENIGAGLIA, *Minore età e contratto. Contributo alla teoria della capacità*, Torino, 2021.

<sup>4</sup> Si definiscono «*mobile born*» quei bambini che imparano ad utilizzare i dispositivi elettronici contestualmente o addirittura precedentemente al momento in cui muovono i primi passi.

<sup>5</sup> Locuzione coniata da PRENSKY, *Digital Natives, Digital Immigrants*, in *On the Horizon*, 2001, 1 ss. per indicare i giovani nati dopo il 1985, vale a dire tutti coloro i quali fin dalla nascita hanno vissuto in stretto contatto con le tecnologie digitali e che si contrappongono agli “immigrati digitali” i quali, avendo conosciuto la Rete in una fase successiva della loro vita, sono immigrati nel mondo digitale.

<sup>6</sup> Particolarmente esplicitivi sono i dati raccolti dall'Unicef che stimano circa 175.000 bambini e ragazzi che quotidianamente accedono alla rete internet, con una media di uno ogni mezzo secondo; in termini globali, un terzo degli utenti è costituito da minori. Unicef, *Sui diritti dei minorenni in relazione all'ambiente digitale: AGIA, CIDU ed UNICEF Italia lanciano il nuovo Commento Generale ONU*, 7 febbraio 2022, in *unicef.it*.

<sup>7</sup> Così BATTELLI, *Diritto privato delle persone minori di età. Diritti, tutele, nuove vulnerabilità*, Torino, 2021, 112 ss.

L'azione del minore nel *web* non si limita alla possibilità di operare quale internauta o “navigatore passivo”, che dunque accede ad una serie di contenuti e di informazioni disponibili sulla rete, bensì comprende la capacità di navigare quale “utente attivo” che realizza atti telematici, anche nell'ambito del commercio elettronico, qualificandosi come un vero e proprio «consumatore»<sup>8</sup>.

In ogni caso, lo *status* di vulnerabilità<sup>9</sup> che caratterizza la figura del minore attiene all'(in)capacità di comprensione dei potenziali contenuti con cui si interfaccia, piuttosto che all'utilizzo del mezzo tecnologico, in relazione al quale tende spesso a mostrare particolare destrezza<sup>10</sup>. Ed è proprio tale dimestichezza nell'utilizzo dei *devices* dotati di una connessione ad Internet che giustifica l'analisi del rapporto minore – tecnologia secondo un criterio invertito: più il minore è abile e sicuro a navigare in rete, più necessita di un elevato livello di tutela giuridica.

La peculiarità di Internet, ma più nello specifico della comunità *social*, è quella di consentire a chiunque di poter interagire con un numero indeterminato di utenti, spesso sconosciuti, e con questi scambiare messaggi, immagini, e, più in generale, dati<sup>11</sup>. Il distorto senso di «intimità»<sup>12</sup>, frutto dell'errata convinzione di condividere contenuti personali esclusivamente con i propri *followers*, pone il minore nella condizione di rendere pubblici aspetti particolarmente sensibili della propria vita privata, compromettendo contestualmente e in modo irreversibile l'identità personale *in fieri*<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> In proposito PANUCCIO DATTOLA, *Minori e Internet*, Torino, 2009, 48 ss., la quale definisce il minore «oggetto di contratto virtuale inconsapevole». Nei rapporti contrattuali la posizione debole del minore consumatore rappresenta un vero e proprio *status*; in altri termini costituirebbe una condizione giuridicamente rilevante e non discontinua in grado di distinguere il soggetto da altri in ragione di peculiarità strettamente individuali o per l'appartenenza ad uno specifico gruppo. Per una ricostruzione più completa della nozione di «consumatore» si confronti ALPA, in ALPA – CATRICALÀ (a cura di), *Diritto dei consumatori*, Bologna, 2016, 17 ss.; mentre per il concetto di *status* si veda RESCIGNO, voce *Status*, in *Enc. giur. Treccani, I, Teoria generale*, vol. XXX, Roma, 1993, 1 ss., il quale definisce lo *status* come lo strumento pratico in grado di creare o mantenere disegualianze e «zone di diritto singolare» per soggetti che si trovano in una naturale situazione di infermità come i minori.

<sup>9</sup> Per una disamina più approfondita C. PERLINGIERI, *La tutela dei minori di età nei «social network»*, in *Rass. dir. civ.*, 2016, 1324 ss.

<sup>10</sup> Si veda ANDREOLA, *Misure cautelari a tutela dei minori nei social network*, in *Fam. dir.*, 2021, 850 ss.

<sup>11</sup> In tal senso BATTELLI, *Minori e social network: cyberbullismo e limiti della parental responsibility*, in *Corr. giur.*, 2021, 1270 ss.

<sup>12</sup> In argomento THIENE, *I diritti della personalità dei minori nello spazio virtuale*, in *Ann. online della did. e form. doc.*, 2017, 28 ss.

<sup>13</sup> Sul tema PASQUINO, *Identità digitale della persona, diritto all'immagine e reputazione*, in TOSI (a cura di) *Privacy Digitale. Riservatezza e protezione dei dati tra GDPR e nuovo Codice Privacy*, Milano, 2019, 93 ss. e PINO, *L'identità personale*, in RODOTÀ – ZATTI (diretto da), *Trattato di Biodiritto*, Milano, 2010, 297 ss.

Se da un lato è evidente, dunque, la vasta gamma di potenzialità derivanti da tale «alfabetizzazione digitale»<sup>14</sup> che possono essere sfruttate per costruire o intrattenere rapporti a distanza con considerevoli opportunità di sviluppo della personalità, dall'altro non possono essere sottovalutati i rischi e i pericoli in cui i minori potrebbero incorrere, soprattutto in considerazione della loro inesperienza e fragilità tipiche della loro età<sup>15</sup>.

Le reti sociali che vengono in esistenza nello spazio virtuale non vengono percepite dal minore come un qualcosa che è distinto rispetto a ciò che si sviluppa nel mondo fisico, anzi, il *web* non essendo altro che un luogo diverso in cui poter fare conoscenza e interagire, diventa *in toto* un'estensione tangibile della vita reale, indistinguibile dall'*onlife*<sup>16</sup>.

Peraltro, ogniquale volta in cui si ha a che fare con un soggetto minore, il giusto interrogativo da porsi riguarda la possibilità da parte dello stesso di poter esercitare o meno il diritto ovvero se è necessario individuare chi lo esercita in nome e per conto suo<sup>17</sup>. Il legislatore italiano ha da sempre considerato il minore quale soggetto meritevole di particolare tutela, fissando in tal senso, una serie di regole indirizzate alla limitazione della capacità di agire che secondo quanto stabilito dall'articolo 2 c.c. si acquista al raggiungimento della maggiore età<sup>18</sup>.

Tuttavia, la determinazione di tale limite trascura tutte quelle ipotesi in cui gli adolescenti sono in grado di autodeterminarsi e, più in generale, sono in grado di comprendere le conseguenze delle loro azioni, sebbene non abbiano ancora raggiunto la maggiore età. Di conseguenza, se la fissazione di un'unica soglia di età per l'attribuzione della capacità di agire rischia di limitare in modo eccessivo l'autonomia del minore nel mondo reale, tale effetto risulta particolarmente amplificato nella dimensione *online*<sup>19</sup>, in cui, a maggior ragione, sarebbe necessario l'approccio ad una graduazione della capacità di discernimento coerentemente con quanto stabilito dalle legislazioni nazionali dei diversi Stati membri in tema di trattamento dei dati personali dei minori<sup>20</sup>.

Il legislatore europeo è intervenuto, infatti, attraverso la determinazione di una puntuale disciplina del consenso del minore relativa ai «servizi della società

<sup>14</sup> Sul tema DI TANO, *Minori, consenso "privacy" e vulnerabilità online: riflessioni alla luce del Regolamento generale sulla protezione dei dati (UE) 2016/679*, in *Notizie di Politeia*, 2019, 46.

<sup>15</sup> Cfr. MAGNO, cit., 471.

<sup>16</sup> In questi termini FLORIDI, *The Onlife Manifesto*, Oxford, 2015, 21 ss.

<sup>17</sup> Sul punto CAPILLI, *Minori in rete tra consenso e verifica dell'età. Analisi comparata e proposte di adeguamento al GDPR*, in *MediaLaws*, 2024, 5 ss.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> In proposito GIANDORIGGIO, *I minori d'età e i social network: l'insostenibile leggerezza del post*, in *Danno e resp.*, 2024, 298 ss. la quale auspica un adattamento dell'istituto della capacità di agire, declinata all'uso al digitale e la predisposizione di uno statuto che tenga conto della specifica capacità di discernimento del minore e della relativa autoresponsabilità.

<sup>20</sup> CAPILLI, *Minori in rete tra consenso e verifica dell'età. Analisi comparata e proposte di adeguamento al GDPR*, cit., 6.

dell'informazione»<sup>21</sup>. Tuttavia, la disciplina europea pone l'accento sul momento «circolatorio» piuttosto che su quello «rappresentativo» della persona, senza incidere come avrebbe potuto<sup>22</sup>.

## 2. La tutela dei minori nel panorama europeo: riflessioni alla luce del GDPR

La norma a cui riferirsi è l'art. 8 del GDPR<sup>23</sup> il quale è caratterizzato da una limitata sfera di applicazione che già si evince dalla rubrica; infatti, il riferimento diretto ai «servizi della società dell'informazione»<sup>24</sup> circoscrive la portata di quest'ultimo, potendosi in tal senso riconoscere il fondamento di tale intervento di modernizzazione della disciplina *privacy* nell'esigenza di adeguare la normativa in materia all'attuale contesto sociale, in cui i minori fanno un uso sempre più ampio dei diversi servizi telematici<sup>25</sup>. Viene, dunque, riconosciuta ai soggetti minori di età una forma di autonomia nella gestione di sé e della propria identità digitale<sup>26</sup>.

Il primo comma dell'art. 8 GDPR sancisce la validità del consenso<sup>27</sup> prestato personalmente dal minore ultrasedicenne. Diversamente, ove il minore dovesse avere meno di sedici anni, il trattamento dei suoi dati personali è lecito solo se e

<sup>21</sup> Sul tema BATELLI, *Il trattamento dei dati nel prisma della tutela della persona minore di età*, in *Dir. inf.*, 2022, 270 ss.

<sup>22</sup> In tal senso THIENE, *Segretezza e riappropriazione di informazioni di carattere personale: riserbo e oblio nel nuovo regolamento europeo*, in *Nuove leggi civ.*, 2017, 410.

<sup>23</sup> In realtà, già il considerando n. 38 del Regolamento prevede che «[i] minori meritano una specifica protezione relativamente ai loro dati personali, in quanto possono essere meno consapevoli dei rischi, delle conseguenze e delle misure di salvaguardia interessanti nonché dei loro diritti in relazione al trattamento dei dati personali. Tale specifica protezione dovrebbe, in particolare, riguardare l'utilizzo dei dati personali dei minori a fini di marketing o di creazione di profili di personalità o di utente e la raccolta di dati personali relativi ai minori all'atto dell'utilizzo di servizi forniti direttamente a un minore». La tutela si estende anche alle modalità di comunicazione nei confronti del minore, infatti, il considerando n. 58 specifica che «dato che i minori meritano una protezione specifica, quando il trattamento dei dati li riguarda, qualsiasi informazione e comunicazione dovrebbe utilizzare un linguaggio semplice e chiaro che un minore possa facilmente capire».

<sup>24</sup> Per la cui definizione si rinvia all'art. 1, comma 1, lett. b) della direttiva (UE) 2015/1535.

<sup>25</sup> In questi termini RUGGERI, *Minori e privacy*, in BATELLI, *Diritto privato delle persone minori di età*, cit., 147.

<sup>26</sup> Cfr. RESTA, *Condizioni applicabili al consenso dei minori in relazione ai servizi della società dell'informazione*, in RICCIO – SCORZA – BELLISARIO (a cura di), *GDPR e normativa privacy. Commentario*, Milano, 2018, 84 s.

<sup>27</sup> Il consenso è generalmente definito dal regolamento come un «atto positivo inequivocabile con il quale l'interessato manifesta l'intenzione libera, specifica, informata e inequivocabile di accettare il trattamento dei dati personali che lo riguardano». Per una disamina più completa della questione si rinvia a CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo (GDPR) e analisi comportamentale. Iniziali spunti di riflessione*, in *DIMT*, 2017, 7 ss.

nella misura in cui il consenso sia prestato o autorizzato dal titolare della responsabilità genitoriale<sup>28</sup>.

In altri termini, il legislatore comunitario ha predisposto uno specifico disegno normativo in cui viene anticipato l'acquisto della capacità di agire, configurando una sorta di «maggiore età digitale»<sup>29</sup> e all'interno del quale viene riconosciuta una discrezionalità ai legislatori nazionali di individuare un'età diversa, benché non inferiore a tredici anni<sup>30</sup>.

Tale «maturità digitale», da qualificarsi quale conquista evolutiva dei “non adulti” sull'onda di un certo «protagonismo minorile»<sup>31</sup>, al pari della maturità codicistica di cui all'art. 2 c.c., sconta l'automatismo di una specifica data, ossia il quattordicesimo anno di età, prescindendo da ogni valutazione circa la fondamentale «capacità di discernimento»<sup>32</sup> di cui non solo non vi è menzione, ma che, al contrario, è stata identificata come criterio-guida negli ambiti di autonomia esistenziale previsti dallo stesso Codice civile (ad esempio art. 315 *bis* c.c.) e che sola giustificerebbe una tale anticipazione.

Sul punto è inoltre necessario precisare che, diversamente dal passaggio alla maggiore età che presuppone il conseguimento di un idoneo grado di maturità per poter curare i propri interessi, non risulta ben chiaro a quale tipologia la menzionata maturità digitale faccia riferimento<sup>33</sup>.

<sup>28</sup> La struttura della norma consente di individuare la posizione e il grado di autonomia del minore che fruisce dei servizi di rete in base al raggiungimento di un certo anno di età: si distinguono, dunque, i c.d. *petit enfants*, ossia i bambini in senso stretto per i quali valgono le logiche di protezione, dai c.d. *grands enfants*, vale a dire «i grandi minori» che invece godono di maggiore libertà e autodeterminazione. Sul punto si rinvia a NADDEO, *Il consenso al trattamento dei dati personali del minore*, in *Dir. inf.*, 2018, 27.

<sup>29</sup> Sulla differenza tra l'età necessaria per concludere validamente un contratto e l'età necessaria in base al GDPR per prestare il proprio consenso ai fini del trattamento dei dati si veda GALLO, *Il consenso al trattamento dei dati personali come prestazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2022, 1054, il quale ammonisce che «in queste condizioni una prima possibilità potrebbe consistere nel ritenere che il consenso al trattamento dei dati personali e quello alla conclusione del contratto corrano su due binari differenti, con la conseguenza che mentre il consenso al trattamento dei dati potrebbe essere fornito a partire dal compimento del quattordicesimo anno di età, il consenso alla conclusione del contratto di scambio potrebbe essere fornito solo dopo il compimento del diciottesimo anno di età; il che potrebbe peraltro dar adito a risultati applicativi a dir poco assurdi e poco funzionali; la soluzione appare infatti a prima vista barocca ed inutilmente complessa».

<sup>30</sup> SCORZA, *Appena nati e già online*, in *Specchio*, 8 gennaio 2023, pone in evidenza come «la disciplina europea sulla protezione dei dati personali, il famoso GDPR dice espressamente che sotto i sedici anni – quattordici anni in Italia – un bambino non è in grado di prestare al fornitore di un servizio digitale il consenso a trattare i suoi dati. Ma, naturalmente, se quel bambino dichiara di essere più grande e il gestore gli crede, il problema è risolto o, almeno, online, si fa spesso finta che sia così».

<sup>31</sup> In questi termini AGOSTINELLI, *Minori in rete: l'illusione del consenso e l'equivoco della “privacy”*, in *Fam.*, 2023, 405 ss.

<sup>32</sup> Cfr. BOZZI, *I dati del minore tra protezione e circolazione per una lettura non retorica del fenomeno*, in *Eur. dir. priv.*, 2020, 265 ss., il quale presume il discernimento del minore quattordicenne alla base del suo consenso.

<sup>33</sup> AGOSTINELLI, *Minori in rete: l'illusione del consenso e l'equivoco della “privacy”*, cit., 406.

In ogni caso, la scelta adottata dal legislatore eurounitario testimonia una rinuncia da parte dello stesso ad un'uniformità della disciplina, posto che gli Stati membri utilizzando le diverse opzioni di età comprese tra i tredici e i sedici anni, hanno cagionato un'inevitabile frammentazione che non giova al processo di integrazione europea e nemmeno ai minori che vengono trattati in modo diverso a seconda della loro nazionalità<sup>34</sup>. Peraltro, la previsione di una soglia di età valida per tutti gli Stati membri non avrebbe inciso sulle regole ordinamentali in tema di validità, formazione o efficacia dei contratti conclusi dai minori stessi<sup>35</sup> (art. 8, par. 3, GDPR).

In base a quanto esposto, risulta evidente che sebbene l'odierno quadro giuridico offra una protezione multilivello a partire dalle fonti di diritto internazionale a quelle di matrice europea<sup>36</sup>, l'effettività degli strumenti giuridici a disposizione del minore che naviga in rete non è ancora considerata sufficiente a garantire un adeguato livello di tutela<sup>37</sup>.

In effetti, il Regolamento non specifica le modalità che in concreto devono adottarsi per poter esprimere il proprio consenso, e nemmeno come lo stesso deve essere acquisito<sup>38</sup>.

Certamente, "spuntare" una casella in cui si dichiara di avere almeno sedici anni non costituisce un metodo ragionevole ed efficace per fornire una tutela adeguata ai minori, senza contare che si tratta di una funzione di "flag" può essere svolta dai più moderni sistemi di IA perfettamente in grado di eludere tale superficiale metodo di verifica<sup>39</sup>.

Sebbene non manchino nel panorama nazionale e internazionale diversi metodi di verifica dell'età, come, ad esempio, quello basato sul controllo del documento di identità attraverso immagini o video utilizzato da applicazioni di gioco d'azzardo o incontri virtuali, non può tuttora dirsi esistente un sistema

---

<sup>34</sup> In argomento CAPILLI, *La tutela dei dati personali dei minori*, in PANETTA, *Circolazione e protezione dei dati personali, tra libertà e regole di mercato. Commentario al Regolamento UE n. 2016/679 (GDPR) e al novellato d.lgs. n. 196/2003 (Codice Privacy)*, Milano, 2019, 258 s.

<sup>35</sup> Infatti, è solo nelle ipotesi in cui il trattamento dei dati personali costituisce, almeno in parte, l'oggetto della prestazione che può esservi la necessità di un coordinamento della disciplina sui requisiti del consenso *privacy* con quella relativa ai presupposti di validità ed efficacia del contratto. Sul punto si veda BATTELLI, *Il contratto di accesso ad Internet*, in *MediaLaws*, 2021, 147 ss., il quale propone l'esempio dell'accesso ad un servizio telematico che postula la prestazione del consenso al trattamento dei dati personali per finalità promozionali; in tal caso, se il minore ha compiuto l'età del consenso digitale, ma non quella richiesta dalla legge nazionale in materia contrattuale, la liceità del trattamento sarà travolta dall'esperimento dell'azione di annullamento del contratto.

<sup>36</sup> Si veda PEDRAZZI, *Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy*, in *Inf. dir.*, 2017, 448 ss.

<sup>37</sup> Cfr. ADAMOVIĆ, *Impact of General Data Protection Regulation on Children's Rights in Digital Environment*, in *Annals FLB – Belgrade Law Review*, 2016, 205.

<sup>38</sup> Assai significative sul tema sono le riflessioni del Working Party 29, *Linee guida sul consenso ai sensi del regolamento (UE) 2016/679*, 10 aprile 2018.

<sup>39</sup> Sul tema CAPILLI, *Minori in rete tra consenso e verifica dell'età. Analisi comparata e proposta di adeguamento al GDPR*, cit., 8 s.

standardizzato volto a verificare la legittimità del consenso prestato. Se è vero che si devono evitare burocratizzazioni eccessive che potrebbero costituire un ostacolo per la fruizione dei servizi online, è altrettanto vero che è necessario evitare falsificazioni della propria età da parte dei minori, andando a compromettere l'efficacia del Regolamento<sup>40</sup>.

### 3. I sistemi di *age verification*: un'analisi critica di concetti in evoluzione

In tale sede appare utile illustrare, seppur a titolo esemplificativo e con relativa sinteticità, alcuni metodi adottati dalle principali piattaforme volti alla verifica dell'età.

Si pensi al caso ChatGPT, in relazione al quale con il provvedimento del 30 marzo 2023 il Garante per la protezione dei dati personali rilevava l'assenza di un adeguato strumento di verifica dell'età degli utenti, sebbene il servizio offerto da OpenAI fosse riservato a soggetti che avessero compiuto tredici anni<sup>41</sup>. Successivamente lo stesso Garante ingiungeva ad OpenAI di a) richiedere a tutti gli utenti che si collegavano dall'Italia di superare un *age gate* al fine di escludere gli utenti minorenni e b) sottoporre al Garante un piano per l'adozione di strumenti di *age verification* per escludere l'accesso al servizio a tutti gli utenti infra-tredicenni e a quelli minorenni in assenza di una manifestazione di volontà da parte di chi esercitava sugli stessi la responsabilità genitoriale<sup>42</sup>. Attualmente è stato inserito nella schermata di benvenuto riservata agli utenti italiani già registrati al servizio un *box* con cui, per accedere di nuovo, è necessario dichiarare di essere maggiorenni o ultra-tredicenni e in tal caso avere il consenso genitoriale; inoltre, è stata predisposta nella maschera di registrazione al servizio la richiesta della data di nascita con contestuale blocco per gli utenti infra-tredicenni e nel caso di ultra-tredicenni (ma minorenni) la conferma del consenso dei genitori alla fruizione del servizio<sup>43</sup>.

Un ulteriore caso degno di nota è quello che ha coinvolto la famosa piattaforma social TikTok a seguito della morte di una bambina di dieci anni per una *social challenge*. In tal caso, a seguito della propria indagine, il Garante aveva disposto la limitazione provvisoria del trattamento, con espresso divieto dell'ulteriore trattamento dei dati degli utenti che si collegavano dal territorio italiano e per i quali non fosse certo il requisito anagrafico. Tuttora, al momento dell'iscrizione al social nella fase di registrazione dell'account è richiesta l'indicazione della data di nascita, di un numero di telefono e l'inserimento di un

---

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Nello specifico secondo il Garante il trattamento dei dati personali degli utenti che usufruivano del servizio si poneva in contrasto con gli artt. 5,6,8, 13 e 25 del GDPR.

<sup>42</sup> In questi termini MARTONI, *Sistemi di "age verification". Una prima esplorazione fra salvaguardia dell'interesse prioritario del minore e protezione dei dati personali*, in *Cib. dir.*, 2023, 310 ss.

<sup>43</sup> *Ibidem*.

codice di sei cifre precedentemente inviato tramite SMS al momento del *sign up*<sup>44</sup>. Risulta evidente, dunque, un difetto nell'accertamento *ex ante* da parte delle piattaforme del requisito anagrafico, del quale si prende atto sulla base di dichiarazioni unilaterali degli utenti.

Il terzo esempio che sembra utile richiamare ha come protagonista *Tencent*, una delle principali società tecnologiche cinesi che opera nell'ambito dei videogiochi e che, al fine di limitare i tempi di gioco, ha scelto di fare ricorso al riconoscimento facciale per impedire ai più piccoli di collegarsi online in specifiche fasce orarie<sup>45</sup>. In altri termini, è stato previsto un controllo rafforzato per l'utente che si collega prima delle otto e dopo le ventidue. Da ultimo, la *Tencent* richiede l'inserimento del proprio documento identificativo nazionale che viene sottoposto ad un controllo diretto con la banca dati nazionale dei cittadini fornita dal Ministero della Pubblica Sicurezza. Posto che i minori potrebbero agevolmente eludere il sistema di controllo, ad esempio, utilizzando l'account dei genitori, è stato predisposto il riconoscimento facciale, in modo tale che il sistema tramite apposito algoritmo sarà in grado di analizzare i dati e rispondere *in toto* al principio del «massimo controllo»<sup>46</sup>.

A tale riflessione si aggiunge, però, la criticità connessa agli ulteriori dati che vengono raccolti dalle piattaforme di *gaming* e che in tal caso verrebbero ricondotti ad uno specifico soggetto e non anche ad un utente generico<sup>47</sup>.

La ristretta casistica illustrata dimostra la necessità di garantire un'adeguata tutela dei minori in relazione a contenuti inadeguati e al contempo l'inefficienza degli odierni sistemi di verifica dell'età basati su mere dichiarazioni unilaterali.

Il caso *Tencent*, invece, ha dato prova della possibilità di giungere concretamente ad una verifica effettiva sia dell'età che dell'identità del soggetto che usufruisce di un servizio digitale, rendendo al contempo evidente il «costo» – in termini di limitazione dei diritti e delle libertà – che si ritiene necessario sostenere<sup>48</sup>.

La progettazione di sistemi di *age verification* efficienti, tuttavia, deve essere pensata nell'ottica di bilanciare la sicurezza e lo sviluppo dell'interessato con i propri diritti e libertà fondamentali, coerentemente con i principi cardine di minimizzazione e necessità.

---

<sup>44</sup> *Ibidem*.

<sup>45</sup> Tale intervento cinese si colloca nel contesto di riduzione del c.d. *vamping*, da intendersi come fenomeno patologico che genera insonnia per via della dipendenza dai dispositivi elettronici. Per un inquadramento più specifico del tema si veda DELLA VEDOVA – COVOLO – MUSCATELLI *et al.*, *Psychological Distress and Problematic Smartphone Use: Two Faces of the Same Coin? Findings from a Survey on Young Italian Adults*, in *Comput. Hum. Behav.*, 2022.

<sup>46</sup> Così MARTONI, *Sistemi di "age verification". Una prima esplorazione fra salvaguardia dell'interesse prioritario del minore e protezione dei dati personali*, cit., 313.

<sup>47</sup> Si intende fare riferimento a dati come le interazioni, le modalità o i tempi di gioco, i dati raccolti per l'accertamento dell'identità tramite il riconoscimento facciale, o ancora i dati di sistema o tecnici.

<sup>48</sup> *Ibidem*.

La normativa attuale senza alcun dubbio favorisce la libertà di autodeterminazione del minore rispetto al diritto di protezione dei dati personali, ma al contempo lascia spazio alla concretizzazione di conseguenze dannose e irreversibili connesse alla sua vulnerabilità. A tutto ciò deve aggiungersi la non trascurabile e preoccupante tendenza dei minori a rinunciare al controllo dei propri dati personali a fronte di ricompense<sup>49</sup> quali la fruizione di servizi a titolo gratuito, in nome della c.d. *commodification* dei dati personali<sup>50</sup>.

In linea di massima, oltre alla dubbia efficacia del consenso come strumento che legittima il trattamento dei dati personali non solo dei minori, acquista rilevanza il dato comportamentale che testimonia una mancanza di consapevolezza e razionalità nelle decisioni personali in tema di privacy<sup>51</sup>.

In conclusione, alla luce delle criticità esposte e del difetto di una soluzione tecnico-giuridica pronta e di agevole attuazione, è auspicabile una rideterminazione a livello europeo di soglie di età e standard condivisi che tengano nella dovuta considerazione la capacità di discernimento e la vulnerabilità dei minori anche e soprattutto nella dimensione digitale<sup>52</sup>.

Allo stato, risulta indispensabile da un lato accelerare l'adozione di azioni politiche e legislative uniformi, dall'altro attribuire un ruolo cardine alla cultura e all'educazione alla cittadinanza elettronica dal momento che questi ultimi risultano gli unici elementi in grado di offrire una protezione immediata e prescindere dagli interessi delle piattaforme nonché dagli interventi regolatori.

---

<sup>49</sup> Cfr. CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale*, cit., 35.

<sup>50</sup> Sul tema PEDRAZZI, *Minori e social media: tutela dei dati personali, autoregolamentazione e privacy*, cit., 451.

<sup>51</sup> In argomento CAGGIANO, *Il consenso al trattamento dei dati personali tra Nuovo Regolamento Europeo e analisi comportamentale*, cit., 35.

<sup>52</sup> Si rinvia sul punto a LIVINGSTONE, *Children: a special case for privacy?*, in *Intermedia*, 2018, 23.

## THE LESSON FROM THE UKRAINIAN CRISIS: CAN CRYPTOCURRENCIES DRIVE A SHIFT FROM POSITIVE TO NATURAL MONEY?°

Valentino Cattelan

*Lecturer in Law  
Birmingham City University, UK*

*Questo articolo discute la dimensione morale della moneta e come essa sia influenzata oggi dalle criptovalute nei mercati finanziari globali. Il suo argomento centrale è che nel conflitto tra Russia e Ucraina le criptovalute non solo si siano dimostrate funzionali all'attivismo umanitario, ma abbiano dato corpo ad una nuova comunità monetaria che attesta una radicale deviazione dalla sovranità statale classica sottostante la moneta legale. Di conseguenza, in questo contesto un significativo passaggio dal "denaro positivo" (pecunia posita) al "denaro naturale" (pecunia naturalis) si è già verificato. L'articolo indaga questo cambiamento sia da una prospettiva teorica che empirica, derivando delle considerazioni finali sulla intersezione tra la tecnologia blockchain (lett., "catena di blocchi") e la moralità della "catena umana" alla luce di una potenziale crescita di un nuovo modello di moneta globale a scopo umanitario.*

*This article discusses the moral dimension of money and how it is affected today by cryptocurrencies in global financial markets. Its core argument is that in the Russia-Ukraine conflict not only have cryptocurrencies proven functional to humanitarian activism, but they have also given body to a new monetary community that certifies a radical departure from classic state sovereignty underpinning fiat money. Accordingly, in this context a significant shift from "positive money" (pecunia posita) to "natural money" (pecunia naturalis) has already happened. The article investigates this shift both from a theoretical and an empirical perspective, drawing some final considerations on the intersection between blockchain technology and human-chain morality in the light of the potential rise of a new model of global humanitarian money.*

### Summary:

1. Introduction
2. *Pecunia non olet*: Rome and the *nomos* of money
3. From positive to natural money
4. Supporting Ukraine through cryptocurrencies as global humanitarian money
5. From blockchain technology to human-chain morality: cryptocurrencies as a democratic medium and the future of humanitarian money/community

---

° Double blind peer-reviewed paper.

## 1. Introduction

This article looks at the rise of cryptocurrencies as a tool for humanitarian aid within the context of the Ukrainian crisis. More specifically, if the Ukrainian crisis has prompted a global reaction in support of war victims, the capability of cryptocurrencies to work as a decentralised channel for humanitarian aid, independently from governmental infrastructures, leads in these pages to an original investigation on the morality of money and its ongoing transformation in global financial markets<sup>1</sup>.

For this purpose, the article combines a theoretical and an empirical methodology to investigate the morality of money in relation to cryptocurrencies.

On the theoretical side, by contesting the old wisdom of the Latin maxim *pecunia non olet*, the study introduces the idea that the *value* of money is not neutral but *does* depend on its origins and its destination: in other words, the purpose of the payment gives *value* to the means of payment itself when contextualised in the normative order (*nomos*) that characterises the use of money (section 2). This is further explained by introducing in section 3 groundbreaking terminology for future research on the matter, namely the concept of “positive money” (in Latin, *pecunia posita*: state-made currency whose legal tender is imposed) as opposed to “natural money” (*pecunia naturalis*: money embodying a moral dimension, whose value is recognisable beyond the formal legitimacy of *pecunia posita*).

On the empirical side, the article subsequently looks at donations through cryptocurrencies to Ukraine, in relation to their types, destination, and management, as a new form of global humanitarian money whose nature has moved away from the classic notion of fiat money towards democratic *values*. In this context cryptocurrencies have already become a medium to promote values of freedom, peace, and solidarity (hence, *pecunia naturalis*) (section 4).

To conclude, section 5 binds the theoretical and empirical parts of the research to discuss how and to which extent cryptocurrencies can drive a shift from positive to natural money in the global economy. Here, embracing media theory (through Marshall McLuhan) and reflecting on how much *money* (as a medium of exchange) *can be valued in relation to the (democratic) impact of the exchange* itself, final conclusions will be derived on ongoing processes of social (monetary) re-tribalisation beyond the traditional boundaries of fiat currencies and *pecunia posita*. Accordingly, the Ukrainian experience will be interpreted as a “lesson” for future humanitarian action that could potentially lead to the structuring of a new monetary tribe at the

---

<sup>1</sup> A preliminary version of this article was written with the research collaboration of Oheobe Esther Ode, who graduated at the School of Law of Birmingham City University, and the funding support of a BLSS Start-Up Grant. The paper was presented under the title “The lesson of the Ukrainian crisis: on the social nature of money and the rise of a global humanitarian cryptocurrency” in the conference *Money as a Democratic Medium 2.0*, co-hosted by Harvard Law School, Cambridge, MA, and Hamburg Institute for Social Research, Germany, 15-17 June 2023. This published version is the outcome of an extensive re-elaboration of the contents. For this, I would like to express my sincere gratitude to the two anonymous referees of IANUS editorial committee who gave me fundamental suggestions to improve the quality of the work.

intersection between blockchain technology and human-chain morality, so to foster a new model of humanitarian money (*pecunia naturalis*) at a global level.

## 2. *Pecunia non olet*: Rome and the *nomos* of money

*Pecunia non olet*, commonly translated as “money does not stink” (more precisely, “money does not smell” – the meaning of *olere*, in Latin, is neutral, so that it does not have, in itself, any negative connotation), is a famous phrase ascribed to the emperor Vespasian (AD 9-79).

Vespasian (full name, *Caesar Vespasianus Augustus*) was the founder of the Flavian dynasty and reigned for a decade (1 July 69 – 23 June 79) after the first Roman civil war, during which four emperors ruled in succession (Galba, Otho, Vitellius and, last, Vespasian). The so-called “Year of the Four Emperors” (AD 69) marked a moment of rebellions, harsh disputes, social crisis, and condemnation towards Roman elites: nothing exceptional for ancient times, and certainly not unknown to our contemporary lives as well. According to historians, the first Roman civil war was ignited by the social decadence that started under the reign of Nero (*Nero Claudius Caesar Augustus Germanicus*), in power from AD 54 to 68, who committed suicide at age 30 after being declared a public enemy by the Roman Senate. After the Great Fire of Rome (AD 64, July), as well-known, Nero’s reputation was deeply undermined by the allegation that it was arson committed on the emperor’s behalf.

However, his early administration of the empire was acclaimed by his contemporaries – with Nero’s advisors Burrus and Seneca being credited for this success. Under their guidance, Nero’s fiscal reforms (aimed at imposing stricter control over local tax collectors) were well received, despite the introduction of new taxes. One of them was the *vectigal urinae*, a tax on the disposal of urine. Urine, at Roman times, was an essential ingredient for several chemical processes (such as whitening woollen togas), and for this reason it was collected from public urinals and sold to merchants; the buyers had to pay the tax. The tax was removed after a while but re-enacted by Vespasian to help filling the treasury after Nero’s follies. Not by chance, Italy and France keep the memory of Vespasian in their language, calling public urinals, respectively, *vespasiano* and *vespasienne*. There is no doubt that Vespasian was a very good administrator, who was able to enrich the treasury by the introduction of numerous sources of income – despite the complaints of Roman citizens. History reports that a citizen very close to Vespasian, his son Titus, raised the point of the disgusting nature of the urine tax. To reply to this observation, Vespasian gave him a gold coin and asked him if he felt offended by any smell: at his denial, the emperor remarked that that money came precisely from urine (*atqui ex lotio est*), from which the maxim *pecunia non olet* derives.

However, against Vespasian’s wisdom, the idea that the value of money does not depend on its origins (or its destination) can be put under criticism.

Far from being a neutral medium of exchange, money affects the daily practice of our economic dealings while being intrinsically connected to the whole of legal,

social, and political interactions of the community to which we belong. Hence, one can say that money enjoys its own “morality”, where voluntary customary usage (“moral” from the Latin *mos*, “manner, custom”) is backed by the subsistence of a “normative order”, a *nomos*: the former and the latter being collectively practiced, shared, and endorsed in a certain social group. In the light of this, sovereign power (the beholder of the law, here personified by Vespasian) can hardly posit (i.e., impose) “fiat money” only by decree, if not backed by public trust; in the same way, when mechanisms of inflation, recession, or depression take place, monetary policies are adopted to restore that trust. If this intervention is not effective, “positive money” (money that is *positum*, “imposed” by the state as expression of political power, but also of public order) becomes unable to reflect social “monetary *nomos*” and, then, it is soon replaced by alternative “natural money” that can better work as store of value (for instance, commodities such as precious metals, gold, or silver), unit of account and means of exchange (the rise of cryptocurrencies, e.g. bitcoins, represents the most recent example in this regard). It is indeed the criterion of public trust that fosters the morality of positive money by its convergence with natural money: the public gives political credit to the sovereign to the extent to which through its *nomisma* (currency as “monetary *nomos*”: the etymology of the Latin word *nummus*, coin, relates to the Greek *nomisma* as well) people can trust receiving economic credit in the reciprocity of their dealings. In doing so they use money as something that represents (as store of value, unit of account and means of exchange) their shared/mutual needs and values in/for participating in the same community<sup>2</sup>.

Through the use of the adjective “positive” and “natural” this article has implicitly made here a conceptual link between money and the couple “positive law” (sovereign law imposed by degree) and “natural law” (the kind of law whose legitimacy derives from providing “what is right”, to wit, “rights”), that has been discussed for centuries in Western jurisprudence and on which this study will come back more extensively in its next section. On the same matter, Aristotle, in his *Nicomachean Ethics*, underlines the deep intersection between monetary practice and normative/social order by noting the etymological correspondence in Greek language between “currency” (*nomisma*) and “law” (*nomos*), both related to the need for the subsistence in any given community of a standard for exchanges and social relations established by common agreement. «There must [...] be one standard by which all commodities are measured [...] money has become by convention a sort of representative of common need (demand); and this is why it has the name “money” [*nomisma*, customary currency] – since it

---

<sup>2</sup> This paragraph re-elaborates ideas that have been already expressed in CATTELAN, *Sacred Euro: sovereign debt(s) and EU's bare credit in the Corona crisis*, in GEPHART (ed.), *In the realm of Corona normativities*, Frankfurt, 2020, 195-208.

exists not by nature [*physis*] but by “law” [*nomos*, “custom, usage, law as natural/social order”, distinct from *lex posita* or *ius positum*]»<sup>3</sup>.

What is relevant in this passage by Aristotle is that he refers to the Greek concept of *nomos*, not of *lex* (which is what the Latins would have opposed to *ius*, the “normative science of what is right or wrong”, more in a social / moral sense). *Lex* relates to the rule that is “enacted” and so “imposed” (hence, “positive” [better, “posited”] law) by means of enforcement by the entity in power in a certain territory, from which the English concept of “law” derives (which corresponds to the German *Gesetz*, the French *lois*, or the Italian *legge*). The perils of translation here (re)appear, since, as noted by MacCormick, in English language: «“[l]aw” is at best an imperfect rendering of *ius*, for there is as much of *lex* as of *ius* in “law”. [Instead,] *Recht*, *droit*, *diritto* work better as translations [of *ius*], precisely in being ambiguous between the English “right” in various of its sense and the English “law”»<sup>4</sup>.

In this sense, the Greek concepts of *nomos* (normative order) and *nomisma* (monetary order) certainly align more with *ius* rather than *lex* in referring to a set of social system that is recognised within a certain human community. Hence, as indirectly suggested by Aristotle, money itself becomes a vehicle of meaning (and so, possibly, of a “good smell”), a medium of “values” whose *nomos* is never purely neutral from an economic perspective but relates to a “narrative” of leaving together, where we «inhabit a *nomos* – a normative universe»<sup>5</sup>. As remarked in a famous article by Cover, «law and narrative are inseparably related. Every prescription is insistent in its demand to be located in discourse – to be supplied with history and destiny, beginning and end, explanation and purpose. And every narrative is insistent in its demand for its prescriptive point, its moral»<sup>6</sup>.

If the nature of money (*nomisma*) equals that of law (*nomos*), the “morality” of money should be judged in relation to the purpose towards which money is used, especially if one aims to the construction of a global society that aspires to values of sustainable development, democracy, and financial inclusion. In this light, the narrative of the Ukrainian crisis (see Cover, previous paragraph), with the extent to which it has prompted a global reaction in support of the victims of the war, represents a significant case study to investigate the morality (*nomos*) of money not only in relation to its destination, but also through a process of forging (natural) money in a situation of collapse of institutionalised channels of capital creation and investment transmission through traditional fiat currency. In fact, going beyond the limits of national currencies and domestic monetary regulation within state jurisdictions (the traditional sources of “positive money”), in the period of conflict a new form of “natural money” has appeared by means of a

<sup>3</sup> ARISTOTLE, *The Nicomachean Ethics*, Book V, 1133a.

<sup>4</sup> MACCORMICK, *De iurisprudencia*, in CAIRNS - ROBINSON (eds.), *Critical studies in ancient law, comparative law and legal history*, Oxford – Portland, 2001, 81.

<sup>5</sup> COVER, *The Supreme Court, 1982 Term - Foreword: nomos and narrative*, in 97(1) *Harvard Law Review*, 1983, 4.

<sup>6</sup> Id., 5.

global movement that has found alternative instruments of fund channelling mainly through crypto donations to support Ukrainian citizens.

Elaborating on the employ of an alternative currency as a form of “natural money”, this article interprets the spread of cryptocurrencies in our global society as further evidence of the social dimension of money. This interpretation will concentrate on the impact of the moral engagement in favour of Ukraine in relation to values of freedom, peace, democracy, and solidarity that go beyond the boundaries of national systems of monetary governance.

### 3. From positive to natural money

*Pecunia posita* (“positive money”) can well summarise the idea of fiat money, the state-made currency which has legal tender and is “posited” (hence, “imposed”) by a certain national government, like the dollar in the US, or supranational institution, like the euro in the EU.

As outlined in the previous section, this concept can be borrowed from a much long-established tradition of legal thought which focuses on the idea of “positive law” (*ius positum*, from the Latin verb *ponere*, “to put”) in terms of law which is applied by the will of the ruler. In this sense, Vespasian’s motto *pecunia non olet* was certainly “positive”, as direct effect of a tax that was imposed to the population. In a nutshell, and more literally translated, *lex posita* is “posited”, rather than “positive” in the common sense of English language, as it directly derives its legitimacy from the political power(s) that has(have) enacted it. As much the theory of the modern state is grounded on the sovereignty of the ruler over a territory, so the power to mint coins and create fiat money relies on *pecunia posita*. If the notion of “positive law” belongs to the core of European legal philosophy, it found its jurisprudential epitome in the *Pure Theory of Law* by Austrian legal philosopher Hans Kelsen<sup>7</sup> and in Herbert Hart’s *The Concept of Law*<sup>8</sup>, where the idea of “legal positivism” reached its most prominent expression. One of the central assumptions in Hart’s conception of law is that laws are human commands that do not necessitate any relation with morality, since law is a closed and logical system where each decision can be deduced from an auto-referential legitimacy (in this legal formalism Hart’s jurisprudence has strong points of resemblance with Kelsen’s theory). Correspondingly, in a positivist conception of money, only money having legal tender (i.e., established by the state as sovereign political authority) is, by definition, the sole valid medium of exchange, as well as store of value and instrument of payment, without any need to justify its function in relation to moral values, origins, or destination (hence, from the perspective of positive money, *pecunia non olet*).

---

<sup>7</sup> KELSEN, *Pure theory of law* (trans. by Knight from the original in German language, *Reine Rechtslehre*, 1960), Berkeley, 1967.

<sup>8</sup> HART, *The concept of law*, Oxford, 1961.

In the philosophy of law, legal positivism stands in opposition to the idea of “natural law” / “natural right” (*ius naturale*) – whose essential assumption, contrary to *ius positum*, is that legitimate law needs to be grounded on morality. In the Western tradition the concept is documented in ancient Greek philosophy, for instance in Aristotle, and found one of its main assertors in Cicero in ancient Rome. Christian philosophers, such as Albert the Great and Thomas Aquinas, postulated that no valid law can exist without having foundational elements in a theory of ethics and religious morality. Modern natural law, in the Age of Enlightenment, moved from religious morality to human reason as background for valid law. Consequently, from the tradition of *ius naturale* the idea of human rights stemmed, as embodied through numerous documents of constitutional and international law in the last centuries.<sup>9</sup>

In the persistence of the Ukrainian war, not only may the concept of *pecunia naturalis*, as correspondent of “natural law” in relation to monetary order, offer significant insights into money as a medium of social relations<sup>10</sup>, but also a more critical perspective about the extent to which money (usually depicted just a medium of exchange) can become a *medium of democracy* through the rise of a “global humanitarian community”. If, in the first months of the conflict, the humanitarian support to Ukrainian people found a multiplicity of vehicles (probably the most inventive one was the booking of fictitious accommodations through AirBnB)<sup>11</sup>, a more persistent impact can be seen in relation to the use of cryptocurrencies: in fact, humanitarian aid has found in the use of cryptocurrencies<sup>12</sup> an innovative channel that is completely detached from the classic notion of fiat money as the outcome of *pecunia posita*.

On the one side, the use of cryptocurrencies for donations in our global society provides further evidence of the social nature of money<sup>13</sup> in relation to community engagement beyond national boundaries. In a certain sense, within a reality where the national political economy could not be sustained anymore by formal governmental institutions, financial technology has certainly offered alternative means of funding in support of the local government and population. In this way,

---

<sup>9</sup> Core examples can be seen in the Declaration of Independence (1776) of the United States, the Declaration of the Rights of Man and the Citizen (1789) of France, the Universal Declaration of Human Rights (1948) of the United States, as well as the European Convention on Human Rights (1953) of the Council of Europe.

<sup>10</sup> INGHAM, *Money is a social relation*, in 54(4) *Review of social economy* (Special Issue on Critical Realism), 1996, 507-529.

<sup>11</sup> FORBES, *Why people are booking AirBnBs in Ukraine when they have no plans to go*, 2022, available at <https://tinyurl.com/2s43t7yh> (last accessed 10 June 2023).

<sup>12</sup> This use of cryptocurrencies does not imply that the trading volume in the cryptocurrency market has increased in relation to the war. The first findings, in fact, indicate that the Russia-Ukraine war reduced Bitcoin trading volume, especially at the very start of the invasion: APPIAH-OTOO, *The impact of the Russia-Ukraine war on the cryptocurrency market*, in 4(1) *Asian economics letters*, 2023, <https://doi.org/10.46557/001c.53110>. On the same topic, see also LEJNIECE, *Crypto takes center stage in the war in Ukraine and sanctions against Russia*, in *Revue européenne du droit*, 2022, available at <https://tinyurl.com/ykv94arv> (last access 24 May 2025).

<sup>13</sup> DODD, *The social life of Bitcoin*, in 35(3) *Theory, culture and society*, 2018, 35-56.

the social nature of money – as described in section 2 of this article in relation to a daily practice of economic dealings which is intrinsically connected to a whole of legal, social, and political reality of a certain community – has been re-affirmed and, at the same time, has moved from a national (the specific arena of the monetary sovereignty of *pecunia posita*) to a transnational level of interaction. More specifically, national currency, in the event of conflict, has been replaced by an alternative monetary *medium* at a global scale. While academic literature has already highlighted how the humanitarian sector has recently evolved towards direct currency injection linked to the empowerment of communities to create their own local complementary currencies<sup>14</sup>, the Ukrainian war seems to have shifted this complementarity from the local to the global arena, according to new patterns of “tribalisation” on which this article will reason in its conclusions.

On the other side, and more significantly in terms of the conceptualisation of the nature of money, the global community of donors has given rise to an innovative example of *pecunia naturalis*, underpinned by global values of freedom, peace, democracy, and solidarity – hence embodying a moral dimension that goes beyond the formal legitimacy of *pecunia posita*, whose value, in reverse, *non olet*, “does not smell (good or bad)”.

#### 4. Supporting Ukraine through cryptocurrencies as global humanitarian money

In relation to the analysis of available empirical data about the quantity and quality (type/origin of cryptocurrency; destination of funding) of the donations (made both governments and non-governmental actors) towards Ukraine, this article relies on two fundamental sources:

- a first report by the Netherlands-based consultancy company Crystal Blockchain, a company that offers advanced blockchain explorer and analytics tools to crypto businesses and regulators;
- a second report released in 2023<sup>15</sup> by the British blockchain analytics company Elliptic.<sup>16</sup>

Both the documents refer to a variety of crypto assets.

---

<sup>14</sup> USSHER - EBERT - GÓMEZ, RUDDICK, *Complementary currencies for humanitarian aid*, in 14 *Journal of risk and financial management*, 2021, 557 ss.

<sup>15</sup> ELLIPTIC, *Crypto in conflict. How the role of crypto assets has evolved in the Russia-Ukrainian war*. Elliptic Report 2023, available at <https://tinyurl.com/yc2h49yc> (last accessed 4 June 2023). At the moment of publication of this article, the report can be found at the link <http://www.elliptic.co/resources/crypto-in-conflict> (last access 24 May 2025).

<sup>16</sup> Elliptic is a well-known consultancy company, whose clients comprise both banks, commercial institutions, crypto businesses, and regulators. Investors in Elliptic include JPMorgan Chase and SoftBank. In 2020 Elliptic was recognised as a Technology Pioneer by the World Economic Forum for its contributions in the field of anti-money laundering detection in crypto markets. In the light of the reputation of the company, the Elliptic report to which this article refers can be deemed to be a reliable source of information.

Their attention focuses mainly on cryptocurrencies, from Bitcoin (or BTC), the first widely adopted cryptocurrency, to Ethereum (Ether or ETH), Binance Coin (BNB) and Tether (USDT). As well-know, cryptocurrencies are digital currencies that are decentralised (and so alternative to sovereign-issues currencies, *pecunia posita*) and are secured by cryptography, where blockchain technology regulates the generation and the transfer of currency units. The blockchain also verifies the execution of payment transactions within the decentralised network. A subtype of cryptocurrencies are stablecoins, whose digital nature assumes that their value is linked to another asset (e.g., gold or a fiat currency) to maintain a stable price that reduces the risk of high volatility.

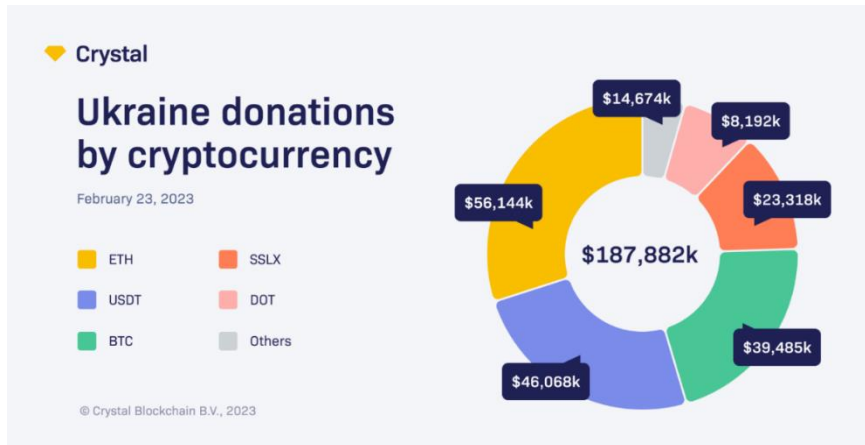
NFTs (“non-fungible tokens”) have been used for donations too. NFTs are like cryptocurrencies in relation to the employ of blockchain technology to record and transfer them. However, differently from cryptocurrencies, they are not mutually interchangeable, since “non-fungible”: the certification of authenticity and ownership of the specific asset makes it unique in relation to a digital identifier that cannot be copied or reproduced.

Coming back to the two sources of information that have been mentioned at the start of the section, Crystal Blockchain<sup>17</sup> produced a report on March 4, 2022 (two weeks after the attack on Ukraine’s democracy by the Russian Federation, beginning on February 24, 2022) that was updated on February 23, 2023. Crystal Blockchain shows that the surge in online donations was impressive, most likely the biggest crypto donations drive so far in history, also because «the tech-savviness of the Ukrainian government and their supporting teams has allowed for official crypto donation portals for the various currencies to be created almost immediately».<sup>18</sup> Around \$188 million were rapidly collected, with an average distribution in the type of cryptocurrencies and donations made both in ETH (Ethereum), BTC (Bitcoin), USDT (Tether) and others.

---

<sup>17</sup> <https://tinyurl.com/msbw539y>.

<sup>18</sup> <https://tinyurl.com/38x73cdp>.

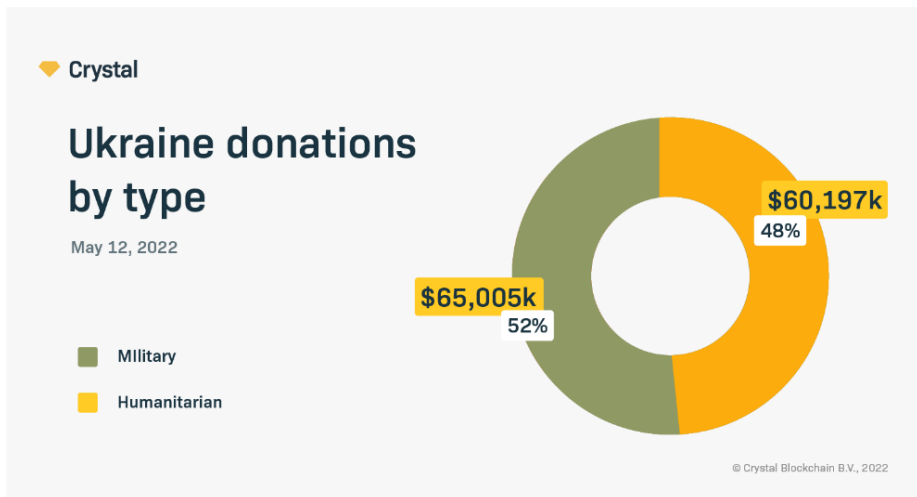


*Crystal Blockchain's website (2023)*

In terms of destination of funding, Crystal Blockchain reveals that «a majority of the crypto donations made so far have been targeted to support the Ukrainian army, with a slightly lesser amount of donations having been made to humanitarian programs supporting the cause».<sup>19</sup> It is interesting to note that if this ratio was 52% in favour of the Ukrainian army<sup>20</sup> and 48% for humanitarian programmes on 12 May 2022 (when the total amount of donations was about \$125 million), after one year of conflict (23 February 2023, with a total amount of donations of around \$188 million) this ration changed respectively to 61% and 39%.

<sup>19</sup> CRYSTAL BLOCKCHAIN'S, *Crypto Assets and Blockchain Industry Report, 2022*, available online at [crystalintelligence.com/rohiov/2022/12/Reports\\_compressed.pdf](https://crystalintelligence.com/rohiov/2022/12/Reports_compressed.pdf) (last access 24 May 2025).

<sup>20</sup> An article by FORBES, published online on 25 February 2022, notes that immediately after the start of the conflict (24 February 2022) «[w]ithin the first few hours, Come Back Alive, a Kyiv-based foundation providing support to the Ukrainian army, raised around \$400,000 in bitcoin, according to blockchain analytics firm Elliptic. As of 5:30 a.m. ET Friday, the organization's wallet appears to have received 109 BTC (approximately \$4.1 million) over more than a thousand of donations in total» (FORBES, *Bitcoin donations to Ukrainian army surpass \$4 million, 2022*, available at <https://tinyurl.com/yasyz86z>, last accessed 4 June 2023). The link between democracy and legitimate military reaction in defence of national borders seems to find here evident correlation.



*Crystal Blockchain's website (2023)*

On the point, please compare the previous graphic (12 May 2022) with the following one, referring to data on 23 February 2023.



*Crystal Blockchain's website (2023)*

A more comprehensive overview of the role of crypto-assets in the Russia-Ukrainian war can be found in the report entitled *Cripto in Conflict (2023)* by blockchain analytics firm Elliptic,<sup>21</sup> whose key findings are summarised below:

<sup>21</sup> ELLIPTIC (2023), see note 15 for details.

- «Pro-Ukrainian causes have raised over \$212.1 million in cryptoassets, outnumbering pro-Russian donations by a margin of 44:1. They consist predominantly of donations to official Ukrainian government wallets (\$83.3 million). Around \$30 million was raised in the first four days after the invasion began.
- Innovations in blockchain technology – including DeFi, non-fungible tokens (NFTs) and decentralized autonomous organizations (DAOs) – have played a significant role in facilitating crypto fundraising for Ukraine, raising over \$78 million in donations. Around 10% of this (almost \$8 million) has been facilitated by NFT campaigns.
- Pro-Russian entities – including those fundraising for the Russian military and associated militias – have raised a smaller \$4.8 million in crypto donations. Attempts by certain entities – including some related to sanctioned groups – to emulate Ukraine’s success with NFTs and DeFi have failed.
- Pro-Russian crypto activity poses significant sanctions and anti-financial crime compliance risks to virtual asset services. Over 10% of pro-Russian donations originate from illicit sources, including dark web markets, sanctioned entities and stolen credit card vendors. Many entities raising crypto have also openly advocated and glorified potential war crimes and crimes against humanity.»<sup>22</sup>

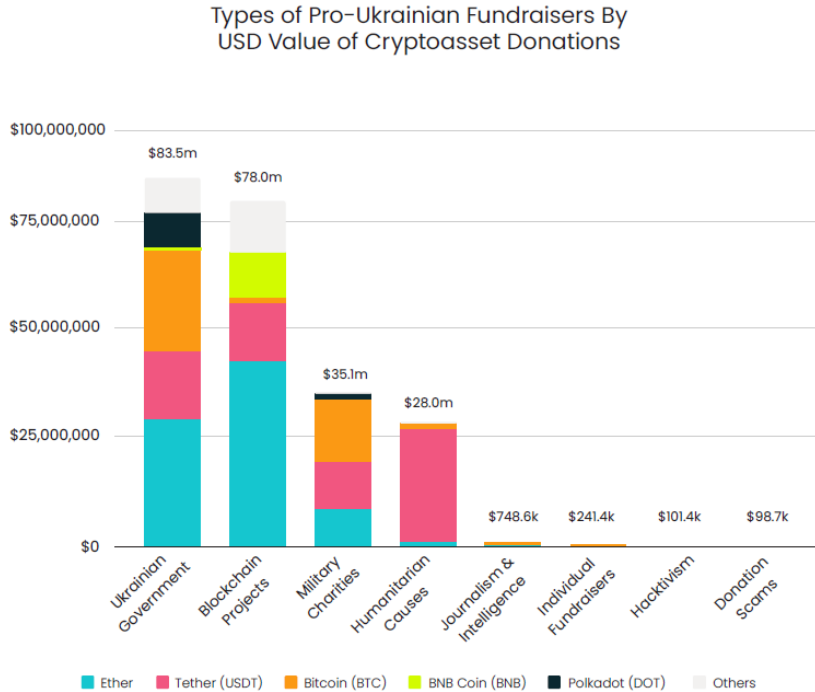
The report adopts a broader approach that also looks at NFTs as system of funding (which has counted for the 10% in the collection of donations). It refers to an overall estimation of \$212 million of donations for pro-Ukrainian causes<sup>23</sup> and highlights the central role of official Ukrainian wallets in the collection of funding (for a total of \$83.3 million out of \$212.1 million, hence nearly the 40%). This is a significant piece of information in relation to the re-adaptation of governmental action when institutional channels of currency-creation (hence, *pecunia posita*) are not performative anymore, and the government itself “shifts” to (global) community-based model of money (*pecunia naturalis*).

The Elliptic report has also the advantage to offer a comparative analysis of the role of crypto assets in relation both to Ukraine and Russia, with a final section about aspects of regulatory developments and compliance implications. With specific reference to Ukraine, the central role of governmental wallets can be seen in the following graphic (p. 13 of the report) about the types of fundraisers, where governmental bodies represent the most active player. Humanitarian collectors, in this light, represent around the 30% of the total.

---

<sup>22</sup> ELLIPTIC (2023), 5.

<sup>23</sup> A figure which makes sense if compared to the one provided by CRYSTAL BLOCKCHAIN, if the value is extended to any type of crypto assets.



*Crypto in Conflict, Elliptic Report 2023, p. 13*

The reason behind the rise of fundraising through cryptocurrencies in Ukraine is explained by Lejniece (2022) in relation to a variety of factors, from the familiarity of the population with cryptos to the establishment in 2019 of a Ministry of Digital Transformation and the legal recognition of cryptos in 2022.<sup>24</sup> The central role of the government is confirmed by Kumar and Raghuvvera

---

<sup>24</sup> Regarding the familiarity of the Ukrainian population with cryptocurrencies, LEJNIECE (2022) underlines that: «Ukraine is no stranger to crypto, so it comes as no surprise that it is taking advantage of the crypto space in its time of need. Ukraine is ranked first worldwide in terms of cryptocurrency adoption, with over 12.7% of Ukraine's population owning crypto. In August 2019, Ukraine established its Ministry of Digital Transformation, which is in charge of elaborating and implementing State policy in the sector of digitization, open data, national electronic information resources and interoperability, the introduction of electronic services, electronic trust services, e-government, as well as improving the digital skills among Ukraine's population. On 16 March 2022, President Volodymyr Zelensky approved a bill formally legalizing cryptocurrency in Ukraine. After the war started, Ukraine quickly took advantage of crypto's speed and decentralized nature by using it to raise funds. These efforts have taken two main forms: the sale of NFTs and direct cryptocurrency donations».

(2022),<sup>25</sup> who underline how the Ukrainian Ministry of Digital Transformation, immediately after the start of the conflict, began accepting Bitcoin, Ether, and other cryptos by sharing its wallet addresses. They also remark that, although Ukraine is not the first country to have received crypto assistance in relation to an emergency,<sup>26</sup> «the volume of aid through crypto that Ukraine has received is unparalleled», as it is also related to the role of leadership of Ukraine in adopting crypto and developing its Central Bank Digital Currency (CBDC), the e-hryvnia, as well as to the infrastructures that it developed for the use of crypto donations.<sup>27</sup> The government manages donations through the Ukrainian crypto exchange platform, Kuna.io.<sup>28</sup>

---

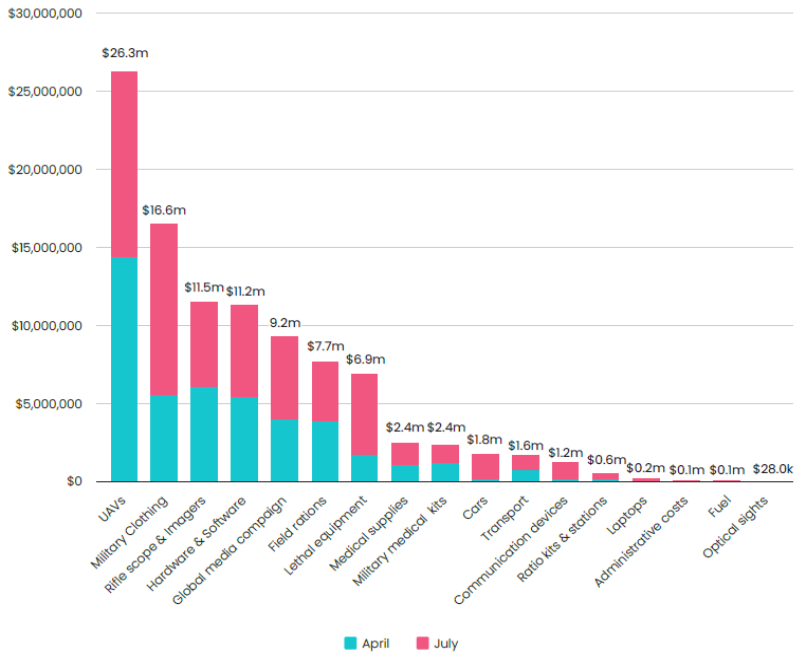
<sup>25</sup> KUMAR - RAGHUVVEERA, *Can crypto deliver aid amid war? Ukraine holds the answer*, in *New Atlanticist*, 2022, available at <https://tinyurl.com/5fe9335d> (last accessed 17 June 2025).

<sup>26</sup> A previous significant experience, just a month before the invasion of Ukraine, was the role of Coinbase in supporting Haitian population impacted by earthquakes and civil unrest: WRIGHT, *Coinbase joins NGO's efforts using crypto to help Haitians impacted by earthquakes, civil unrest*, in *Coin Telegraph*, 2022, available at <https://tinyurl.com/5557m892> (last accessed 10 June 2023).

<sup>27</sup> On February 28, the Ukrainian government authorized "Aid for Ukraine", a decentralized autonomous organization (DAO) in collaboration with blockchain service Everstake and crypto trading firm FTX Trading Limited, to collect cryptocurrency. Solana was one of the first blockchain platforms to join the community, which now includes Bitcoin, Ethereum, Doge, Tether, and others. A Ukrainian crypto exchange platform, Kuna.io, helps the government manage donations (KUMAR - RAGHUVVEERA, 2022).

<sup>28</sup> More than 60 percent of all donations (around sixty million dollars) have travelled through Kuna.io to the government, which has primarily used them to purchase non-lethal military supplies. The government uses suppliers willing to accept crypto and converts some of the money to dollars and euros. So far, fifteen million dollars have been spent on military supplies. But the government-approved route to crypto aid is not the only avenue. UkraineDAO, a collective effort of private platforms PleasrDAO, Trippy Labs, and Pussy Riot, is raising crypto funds for the Ukrainian Army. In one effort, it collected \$6.75 million, largely in ETH, for a non-fungible token (NFT) depicting the Ukrainian flag. Crypto donations are also supporting NGOs: Unchain Fund, for example, offers wallets requiring multiple signature-based approvals to provide greater security in spending collected funds (KUMAR - RAGHUVVEERA, 2022).

## How the Ukrainian Government Spent its Crypto



*Crypto in Conflict, Elliptic Report 2023, p. 19*

In relation to the role of the government in the collection and management of funding, not by chance, Alex Bornyakov, Ukrainian Deputy Minister for Digital Transformation, declared in an interview to *The Economist* (5 April 2022) that «[c]rypto really helped during the first few days because we were able to cover some immediate needs».<sup>29</sup> In this regard, another interesting piece of information relates to how donations were spent by the government – which shows the employ of funding mainly for military equipment (as for the Crystal Blockchain report), in particular drones (UAVs – unmanned aerial vehicles): see figure above, p. 19 of the report, which refers to data expenditures in relation to April and July 2022.

The Elliptic report has the merit to unveil two (seemingly) contradictory elements of the rise of cryptocurrencies in support of the Ukrainian population: a) at the level of monetary sovereignty, *pecunia posita* has been substituted by global donations underpinned by moral values of democracy in defence of Ukraine, hence by *pecunia naturalis*; b) at the same time, in terms of management

<sup>29</sup> THE ECONOMIST, *How is Ukraine using crypto to fund the war?*, 2022, available at <https://tinyurl.com/myf2jhb7> (last access 15 May 2025).

of these resources, governmental actors have come back in their sovereign role by embracing these new sources of funding as *democratic medium*.

The two aspects are not contradictory in relation to the new primary function of this money, that is not (anymore) just an expression of (national) sovereignty but witnesses a *morally superior use of money* by embodying (global) democratic values in defence of Ukraine. The *democratic function beyond national boundaries* of this money appears even more evident (next to the employ of funding for military self-defence, that can be justified in the light of “just war theory”, *bellum justum*) when looking at a variety of projects that have been sustained using cryptocurrencies, as can be seen in the list below<sup>30</sup>.

1. Stellar Aid Assist – «With input from the United Nations High Commissioner for Refugees (UNHCR), the U.N.’s refugee agency, SDF developed and launched Stellar Aid Assist in less than 10 months». It «allows humanitarian organizations to send bulk stablecoin payments to recipients in need»- Stellar Aid; Stellar Aid Assist Creates New Relief Fund Delivery Platform for Ukraine | The Fintech Times

2. Unchain – UNCHAIN – #Unchain\_Ukraine | Unchain Fund

3. Palianytsia – aimed at providing individual aid kits, food, medication, ambulances. Donate to Ukraine | Palianytsia Charity Initiative

4. Kuna – the major crypto donation fund for Ukraine. Reserve fund of Ukraine (kuna.io)

5. Come Back Alive – Make a donation to our charity fund – Come Back Alive (savelife.in.ua)

6. WhiteBIT ZSU – providing armed Armed Forces of Ukraine | Whitepay

7. The official Ukraine crypto donation wallet<sup>31</sup>

8. Voices of Children – helping children, who have suffered from Ukraine war, to get psychological help Donate - Голоси дітей (voices.org.ua)

9. Exon Help Fund – Exon Help Fund (exoncenter.com)

10. Revived Soldiers Ukraine – Verified Ukraine Donation Programs List (crystalblockchain.com)

Ukraine DAO – donate/fund other organisations that are supporting Ukraine. Ukraine DAO

---

<sup>30</sup> These examples of humanitarian projects financed through cryptocurrencies were collected by Oheobe Esther Ode, to whom I am grateful for the support to this research project.

<sup>31</sup> Ukraine / Україна on Twitter: «Stand with the people of Ukraine. Now accepting cryptocurrency donations. Bitcoin, Ethereum and USDT. BTC - 357a3So9CbsNfBBgFYACGvxxS6tMaDoa1P ETH and USDT (ERC-20) - 0x165CD37b4C644C2921454429E7F9358d18A45e14».

## 5. From blockchain technology to human-chain morality: cryptocurrencies as a democratic medium and the future of humanitarian money/community

This article has looked at the rise of cryptocurrencies as a tool for humanitarian aid within the context of the Ukrainian crisis. It has located this analysis in the conceptual move from the idea of “positive money” (*pecunia posita*, the traditional expression of monetary sovereignty of a nation-state) to that of “natural money” (*pecunia naturalis*, embedding values of democratic support). If this conceptual shift mirrors the classic pair positive-natural law in jurisprudential studies, it also allows additional reflections on the nature of crypto-currencies as social, economic, political, and even moral *media*.

Academic literature tends to look at the technology of blockchain (which governs the exchange of cryptocurrencies) as something neutral and impersonal, just as an aspect of digital evolution. This neutrality may well remind Vespasian’s motto, from which this article started its investigation – to be paraphrased here in the form “blockchain *non olet*”. In fact, on the very contrary, blockchain technology can become (as shown in the Ukrainian war) an instrument of global solidarity – supporting some sort of *human-chain* when cryptocurrencies are employed for the defence of democracy and in support of humanitarian aid: hence, as a *democratic medium*.

Backed by a global humanitarian crypto-community of active players beyond the traditional borders of fiat-money and where the social nature of crypto-money can be addressed to finance sustainability,<sup>32</sup> peace, and democracy, this recent evolution of money may also be interpreted through media theory by reference to the scholarship by sociologist Marshall McLuhan, and his famous motto “the medium is the message”<sup>33</sup>. In fact, looking at the long-term evolution of financial markets through media theory, *not only* is money a medium of exchange, but *money should be valued in relation to the (democratic) impact of the exchange*. At the same time, if «the personal and social consequences of... money [...] result from the new scale that is introduced into our affairs by... new technology» (adapted from McLuhan, *Understanding Media*),<sup>34</sup> the democratic nature of money is affected and amplified by any change in the design, pace, or pattern that money technology introduces. So, as McLuhan sees the advent of electronic media in the 20<sup>th</sup> century as the third major milestone in communication technology after the “literacy revolution” (from oral and tribal culture into literate mentality, 5<sup>th</sup> c. BC) and the “Gutenberg revolution” (from calligraphy to printing, 15<sup>th</sup> c. AD) – correspondingly “fiat money”, which started to dominate global economy in the 20<sup>th</sup> c., has revolutionized our lives by radically affecting economic exchanges.

---

<sup>32</sup> For a critical perspective in relation to sustainability, see CATTELAN - GIMIGLIANO, *Digital currency schemes: more or less sustainable? Limits to Growth and electronification of money in Europe*, in *IANUS – Diritto e finanza*, 21, 2020, 9-42.

<sup>33</sup> MCLUHAN - FIORE, *The medium is the message: an inventory of effects*, London, 1967.

<sup>34</sup> MCLUHAN, *Understanding media: the extensions of man*, New York, 1964.

Precisely, as the third major technological advance in money technology, fiat money has overcome commodity and representative money, whose respective impacts on mankind are comparable to literacy (from barter to trade) and printing (money as currency) in media theory.

By re-reading McLuhan's prophecy on the digital media's influence in constructing a "global village" and the emergence of "retribalisation" processes, the nature of new financial networks (from sharing economy's crowdfunding to blockchain, cryptocurrencies, alternative and complementary currencies) can be interpreted as experiments of 'retribalised money', both at a local and global level, where economic *value* is imbued with the *values* of the communities that create money, and not backed anymore by commodities or the authority of a state. In a nutshell, a new democratic movement at a global level seems to have appeared where blockchain technology is fostering a specific "tribe" in the form of a global humanitarian crypto-community.

In the light of this, the employ of cryptocurrencies to support humanitarian aid in Ukraine supports the idea of an undergoing *revolution* in money nature. Not only does this revolution testify to the conceptual passage from positive to natural money but may also imply the necessity for central banks and regulators to start evaluating the scale of this phenomenon. Of course, the Ukrainian "lesson" itself has not changed the nature of cryptocurrencies as digital asset that can potentially be used for purposes that are far from democratic objectives. The global support in defence of Ukraine may be a single event, without leading to the structuring of a new "monetary tribe". However, similar patterns of global support through cryptocurrencies have recently reappeared within the Israel-Hamas conflict, "offering both opportunities for support and solidarity"<sup>35</sup>, but also backing the action of non-state militias (Hamas and Palestinian Islamic Jihad) in an increasingly regulatory dilemma about how much crypto-support can be allowed.

Within this evolving context, the immediate adaptation of Ukraine's government to the management of new channels of humanitarian funding (as shown in the Elliptic report) «showcases the possibilities and challenges ahead for the industry and could transform how aid is disbursed across the world. It could also help the sector demonstrate a side of crypt that policymakers and regulators often miss in their focus on these currencies as a mechanism for illicit finance».<sup>36</sup> There are, of course, major challenges that still must be considered in relation to the future of this crypto-humanitarian money at a global stage, and namely: 1) difficulty to convert it into fiat currency; 2) large price movement, fluctuations; 3) use of aid for profit maximisation / financial gain purposes. Kumar and Raghuvveera address these challenges by four best practices to make crypto donations more accessible and minimize potential risks.

---

<sup>35</sup> DARWISH, *From aid to arms: the duality of cryptocurrencies in the Israel-Hamas conflict*, Bloomsbury Intelligence & Security Institute, 29 November 2024; available at <https://bisi.org.uk/reports/cryptocurrency-in-conflict> (last access 17 June 2025).

<sup>36</sup> KUMAR - RAGHUVVEERA, 2022.

«First, donors should consider the liquidity and financial stability needs of the Ukrainians above all. Stablecoins such as USDC, USDT, UST, Dai, and cUSD are less volatile than native tokens like Bitcoin and Ether, or NFTs. Donors should utilize these stablecoins to ensure that their donations effectively address immediate needs.

Second, there is an immediate need to support and cultivate more means for seamless transitions between fiat and cryptocurrencies, so that Ukrainians can effectively exchange crypto for goods and services.

Third, just as in traditional humanitarian aid, there is a need for greater transparency to the flow of donations. Blockchain-based tokens are well positioned to improve transparency and traceability in record-keeping. More reporting on the source of donations (and how they're spent) can counter allegations that crypto is being used to sidestep sanctions. This can be done with help from blockchain risk analysis groups, such as Chainalysis and Elliptic.

Finally, crypto donors must research aid projects themselves. Donors should focus on partners that provide transparency, have clear objectives, and demonstrate experience in delivering humanitarian aid. They should not turn to attractive fundraising opportunities, token projects with questionable motives, or technologies with little utility»<sup>37</sup>.

At the same time, the use of cryptos allows additional advantages: in fact, crypto donations, through decentralised blockchains, «eliminate the 25-30% administrative overhead of charitable giving»<sup>38</sup>; moreover, they guarantee a permanent record of the use of funding, which can be linked to the use of blockchain for land registries and other government records<sup>39</sup>. Another advantage consists in the ease with which the funds land directly in the hands of displaced Ukrainian people, also in relation to aspects of cybersecurity and transparency<sup>40</sup>.

Considering all this, global actors can learn from the Ukrainian experience a valuable lesson about the future of crypto aid to support a global humanitarian community through *pecunia naturalis*, setting a template to react to crises around the world.<sup>41</sup> The role of the Ukrainian government in the management of resources can address donors, policy makers, and regulators to embrace some fundamental best practices in this direction. As a result, far away from the assumption that *pecunia non olet*, the human-chain in support of the Ukrainian

---

<sup>37</sup> ID.

<sup>38</sup> LITHAN, *How cryptocurrency is bringing humanitarian value to Ukraine*, in *ComputerWeekly*, 2022, available at [www.computerweekly.com/opinion/How-Cryptocurrency-Is-Bringing-Humanitarian-Value-to-Ukraine](http://www.computerweekly.com/opinion/How-Cryptocurrency-Is-Bringing-Humanitarian-Value-to-Ukraine) (last accessed, 10 June 2023).

<sup>39</sup> ID.

<sup>40</sup> JONES, *Can crypto be the key for continued support for Ukraine as the world's outrage wanes?*, *Forbes*, 2022. Online: <https://www.forbes.com/sites/hessiejones/2022/07/11/can-two-activists-please-for-continued-support-for-ukraine-persevere-as-the-worlds-outrage-wanes/?sh=654d0e136d5a> (last accessed 10 June 2023).

<sup>41</sup> «In modern warfare, cryptocurrency provides a unique platform through which the international community can deliver humanitarian aid, demonstrating national solidarity, alongside facilitating conflict through non-state actor activities»: DARWISH (2024).

population may reformulate the impersonal content of blockchain technology towards a democratic evolution where money can actually “smell good”: contrary to Vespasian’s wisdom, we must admit that *pecunia fragrare potest*.

More in general, the distinction that has been elaborated in the theoretical part of this article between positive and natural money can find broader epistemological application when looking with more attention at other monetary experiences beyond the limited circles of traditional monetary sovereignty and banking intermediation. If cryptocurrencies express “two forms of monetary disintermediation that are closely associated with this moment in the history of money, namely, its separation from banks and the state”<sup>42</sup>, their political appeal conveys an emerging social space of re-tribalisation that shares many similarities with other recent experiments of “monetary polities” – both at a transnational and local level. For instance, the growing market of Islamic finance can be easily classified as *pecunia naturalis* for Muslim believers.<sup>43</sup> Correspondingly, the numerous experiences of alternative and complementary currencies that have emerged around the world in the last decades clearly embody the parameters of competing “monetary orders” (*nomisma* as monetary *nomos*) that are collectively practiced, shared, and simultaneously endorsed in certain social groups<sup>44</sup> when state/bank institutions are not able to channel all existing public trust through *imposed* sovereignty and intermediation (*pecunia posita*).

In the end, by embracing the couple positive / natural money as a useful conceptual tool to investigate the plurality of monetary orders in today’s global economy,<sup>45</sup> we may be better equipped to enjoy multiple fragrances of money in our next future – and, so, be free to choose which one we prefer most.

---

<sup>42</sup> DODD, *The social life of Bitcoin*, in 35(3) *Theory, culture and society*, 2018, 37.

<sup>43</sup> On the matter, in relation to the “pluralisation” of money (as a different phenomenon from the “multiplication” of money), please refer to CATTELAN (ed.), *Islamic finance in Europe. Towards a plural financial system*, Cheltenham, UK – Northampton, MA, USA, 2013.

<sup>44</sup> See back, section 2 of this article.

<sup>45</sup> GÓMEZ (ed.), *Monetary plurality in local, regional and global economies*, London - New York, 2019.

# SPUNTI RICOSTRUTTIVI IN TEMA DI RICONOSCIMENTO DEL CONTRADDITTORIO ENDOPROCEDIMENTALE QUALE CARATTERE DEL *DUE PROCESS OF LAW* E AFFERMAZIONE DELLA CENTRALITÀ DELLA *RULE OF LAW* IN MATERIA TRIBUTARIA<sup>°</sup>

Cesare Borgia

*Assegnista di ricerca in Diritto tributario  
Sapienza Università di Roma*

*Nel presente contributo si cercherà di comprendere se oggi, considerato il tutt'ora irrisolto deficit di tutela dei diritti partecipativi del contribuente nella fase amministrativa procedimentale, possa ritenersi effettivamente garantito il "giusto processo". Per fare ciò, si focalizzerà l'attenzione sulla traiettoria interpretativa che, in linea di continuità con i più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, estende la tutela dei diritti formali "oltre" il processo, fino a comprendere anche il procedimento. Il principio del contraddittorio endoprocedimentale, con il connesso diritto a che le ragioni della parte vengano ascoltate prima che il provvedimento venga emanato o produca i propri effetti (il c.d. diritto ad essere ascoltati), è ritenuto espressione tipica del due process of law, che viene considerato fondamentale per "qualsiasi" tipo di procedimento, non solo a carattere propriamente giurisdizionale. Ai fini del suo pieno riconoscimento, assumerebbe quindi validità il tentativo di attribuire al "giusto procedimento" il crisma della costituzionalità attraverso l'articolo 111 della Costituzione e, in particolare, attraverso le forme tipiche del processo costituzionalizzate al c. 2 della disposizione.*

*This contribution seeks to examine whether, in light of the still-unresolved deficit in the protection of taxpayers' participatory rights during the administrative phase of proceedings, the principle of a "fair trial" can be considered genuinely guaranteed today. To this end, attention will be focused on the interpretative trajectory which, in continuity with the most recent jurisprudence of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union, extends the protection of formal rights beyond the trial itself to encompass the administrative procedure as well. The principle of adversarial proceedings within the administrative process—specifically, the right to have one's arguments heard before a decision is issued or produces its effects (the so-called "right to be heard")—is regarded as a paradigmatic expression of the due process of law. This principle is considered fundamental to any type of proceeding, not solely those of a strictly judicial nature. For its full recognition, it would thus be relevant to explore the possibility of attributing constitutional status to the notion of a "fair procedure" through Article 111 of the Italian Constitution, particularly by invoking the procedural guarantees enshrined in paragraph 2 of that provision.*

## **Sommario:**

1. Premessa
2. La tutela "multilivello" dei diritti del contribuente nel sistema delle fonti
3. Il diritto di difesa tra procedimento e processo: le garanzie di cui all'articolo 6 CEDU
4. Dall'archetipo del "processo" alla giustizia nel "procedimento" tributario. Una lettura obiettivata dell'articolo 111 della Costituzione
5. L'occasione mancata di generalizzare, in attuazione della legge delega n. 111/2023, la partecipazione "difensiva" dei contribuenti nei procedimenti tributari
6. Conclusioni

---

<sup>°</sup> Saggio sottoposto a *double-blind peer review*.

## 1. Premessa

All'indomani dell'approvazione in via definitiva della riforma della giustizia tributaria<sup>1</sup>, diverse fonti istituzionali hanno suggestivamente invocato il principio del “giusto processo”, a detta delle stesse uscito rafforzato, se non proprio suggellato, dall'approvazione della riforma<sup>2</sup>.

Una novità significativa è di certo rappresentata dall'introduzione della prova testimoniale in forma scritta ad opera del nuovo c. 4 dell'articolo 7, d.lgs. n. 546/1992, applicabile ai giudizi introdotti con ricorsi notificati dopo l'entrata in vigore della l. n. 130/2022<sup>3</sup>.

Come è stato affermato in letteratura, è apprezzabile la rimozione del divieto di prova testimoniale «*che finora ha limitato il diritto di difesa e violato il principio, di rilevanza costituzionale ed europea, del giusto processo*»<sup>4</sup>. Infatti, nel processo tributario hanno sempre trovato ingresso elementi probatori aventi natura analoga alla prova testimoniale ma non acquisiti con le cautele e le garanzie del rispetto del principio del contraddittorio<sup>5</sup>, che, invece, caratterizzano, nel processo civile, l'assunzione della prova finora vietata.

Tanto spiega perché, da molto tempo, la dottrina segnalava che il processo

<sup>1</sup> La legge n. 130 del 31 agosto 2022 – pubblicata nella Gazzetta Ufficiale del 1° settembre 2022 e in vigore dal 16 settembre 2022 – ha riformato strutturalmente la giustizia tributaria, incidendo anche sul processo tributario.

<sup>2</sup> Sul *Quotidiano del Ministero della Giustizia* ([gnewsonline.it](http://gnewsonline.it)), 9 agosto 2022, si legge che con la riforma «si attuano così le indicazioni fornite dall'Europa, sul presupposto che una giustizia tributaria conforme ai principi del giusto processo contribuisce a sostenere l'intero sistema Paese in termini di competitività e richiamo degli investitori esteri». Anche il *Comunicato Stampa n. 147* del 9 agosto 2022 su [mef.gov.it](http://mef.gov.it) riporta che la riforma «rende la giustizia tributaria conforme ai principi del giusto processo e contribuisce a sostenere l'intero sistema Paese in termini di competitività e richiamo degli investitori esteri».

<sup>3</sup> Sul punto, tra i primi commenti, si v. TINELLI, *Nelle liti fiscali l'atout della prova testimoniale, in forma scritta e orale*, in *IlSole24Ore*, 9 settembre 2022; MULEO, *Le “nuove” regole sulla prova nel processo tributario*, in *Giustizia Insieme*, 20 settembre 2022; DE MITA, *Il giusto processo fiscale sposta l'onere della prova verso l'amministrazione*, in *argomenti.ilsole24ore.com*, 26 settembre 2022.

<sup>4</sup> Cfr. PISTOLESI, *La testimonianza scritta nel processo tributario riformato*, in *Giustizia Insieme*, 29 settembre 2022.

<sup>5</sup> Sul divieto di prova testimoniale quale limite emblematico all'attuazione del contraddittorio nel processo tributario, cfr. SABBÌ, *Il contraddittorio nel processo tributario*, Milano, 2019, 211 ss. Più in generale, sul divieto di prova testimoniale, si v. tra i tanti: BATISTONI FERRARA, *Processo tributario (riflessioni sulla prova)*, in *Dir. prat. trib.*, 1983, 1634; SCHIAVOLIN, *L'inammissibilità della testimonianza e l'utilizzazione della scienza dei terzi nel processo tributario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1989, 562; P. RUSSO, *Problemi della prova nel processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2000, 375 e, dello stesso A., *Il divieto della prova testimoniale nel processo tributario: un residuo storico che resiste all'usura del tempo* (Nota a C. Cost., 21 gennaio 2000, n. 18), in *ibid.*, 567; MULEO, *Diritto alla prova, principio del contraddittorio e divieto di prova testimoniale in un contesto di verifica: analisi critica e possibili rimedi processuali*, in *Rass. trib.*, 2002, 1989 ss.; MARCHESELLI, *Contraddittorio e parità delle armi per un giusto processo tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2006, 695 ss.; LA SCALA, *Prova testimoniale, diritto di difesa e giusto processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2012, 90 ss.

tributario non garantiva l'effettività della tutela giurisdizionale<sup>6</sup>.

Si osservava lucidamente che la particolare complessità del fatto controverso può imporre iniziative conoscitive nell'ambito delle quali dovrebbe essere garantito il diritto al contraddittorio, a maggior ragione se dalle limitazioni probatorie cui il contribuente è soggetto discenda poi, oltre all'applicazione di una maggiore imposta, anche l'irrogazione delle relative sanzioni tributarie<sup>7</sup>.

Sempre in letteratura è stato sostenuto che, così come prescrive l'articolo 111 della Costituzione, che chiaramente s'ispira all'articolo 6 Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU), le parti processuali dovrebbero collocarsi quanto meno "*in condizioni di parità*", considerata la parità assertoria che sembra debba sussistere nel giudizio tributario tra Fisco e contribuente<sup>8</sup>.

Inoltre, sarebbe configurabile il diritto ad una tutela in sede giurisdizionale anche per quanto concerne l'esercizio dei poteri dell'Amministrazione finanziaria nel procedimento tributario, a maggior ragione partendo dal presupposto che la relativa potestà deve essere esercitata nel rispetto delle regole dello Stato di diritto e dei principi fondamentali dell'Unione Europea.

Nel presente contributo si cercherà, allora, di comprendere se oggi, in materia tributaria, considerato – come si vedrà – il tutt'ora irrisolto *deficit* di tutela dei diritti partecipativi del contribuente nella fase procedimentale, possa comunque dirsi effettivamente garantito il "giusto processo". A tal proposito, sembra utile dare conto della traiettoria interpretativa che, in linea di continuità con i più recenti orientamenti della Corte europea dei diritti dell'uomo e della Corte di giustizia dell'Unione europea, estende la tutela dei diritti formali "oltre" il processo, fino a comprendere anche il procedimento<sup>9</sup>.

Come si avrà modo di osservare, già l'insigne studioso Elio Fazzalari, prendendo le mosse dalla figura del procedimento, giungeva alla nozione di processo quale procedimento fondato sul contraddittorio. Tanto è stato di recente rammentato anche da autorevole dottrina processualcivilista, con l'intento di

---

<sup>6</sup> In merito al rapporto tra disciplina della prova e tutela giurisdizionale, senza alcuna pretesa di esaustività, si v. tra i tanti GARCEA, *La giurisdizione delle Commissioni tributarie ed i principi del "giusto processo"*, in *Dir. prat. trib.*, 2001, I, 474 ss.; MARCHESELLI, *Il giusto processo tributario in Italia. Il tramonto dell'interesse fiscale?*, in *Dir. prat. trib.*, 2001, I, 793 ss.; P. RUSSO, *Il giusto processo tributario*, in *Rass. trib.*, 2004, 11 ss.; ZIZZO, *Il regime delle prove e il giusto processo*, in *Rass. trib.*, 2013, 475 ss.

<sup>7</sup> Cfr. ampiamente DEL FEDERICO, *I principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia tributaria*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2010, 206 ss.

<sup>8</sup> La parità assertoria si concretizza nella eguale possibilità, per ciascuna delle parti, di rappresentare in giudizio le proprie ragioni giuridiche e le proprie contrapposte posizioni, cfr. COCIANI, *Il contraddittorio preventivo di nuovo all'attenzione della Consulta. Verso il riconoscimento del principio del giusto procedimento?*, in *Rass. trib.*, 2019, 548.

<sup>9</sup> Sul procedimento tributario, anche per i numerosi riferimenti bibliografici in tema di partecipazione difensiva alla fase amministrativa riportati nelle note, sia consentito rinviare a BORGIA, *Dalla fondazione costituzionale del giusto procedimento al contraddittorio preventivo generalizzato nel diritto tributario*, in *Dir. prat. trib.*, 2021, 1065 ss.

riprendere il “*discorso interrotto*”<sup>10</sup> sulle convergenze tra procedimento e processo.

A dirla tutta, Fazzalari addirittura capovolgeva la gerarchia dei concetti: «*alla primazia dell'azione si sostituisce la primazia del meccanismo che ne ospita l'esercizio, cioè del procedimento*»<sup>11</sup>. La figura del procedimento subentrava così al “rapporto processuale” nel ruolo di contenitore unificante degli istituti del diritto processuale.

Ebbene, indipendentemente dagli esiti della ricerca<sup>12</sup> raggiunti nel diritto processuale civile, sembra quanto mai opportuno – soprattutto per i possibili sviluppi garantistici di questa impostazione teorica – accogliere l'autorevole invito al dibattito anche per la nostra materia tributaria.

Basti per ora osservare che nel diritto tributario “procedimento” e “processo” sono intrinsecamente collegati, al punto che una ipotetica violazione, da parte dei poteri dell'Amministrazione finanziaria, dei diritti del contribuente nel procedimento amministrativo tributario, si ripercuote inevitabilmente anche sulla successiva fase processuale.

Ne deriva che la lunga assenza – protrattasi fino al controverso intervento legislativo attuativo della legge delega n. 111/2023 varata in prossimità del monito della Consulta<sup>13</sup> – di una previsione “generale” volta a garantire il contraddittorio nella fase amministrativa, ha seriamente pregiudicato anche la difesa del contribuente nella successiva fase processuale, con la conseguente compromissione del principio del “giusto processo” di cui all'art. 111 della Costituzione e di quel nucleo di garanzie fondamentali riconducibili all'art. 6 della CEDU.

Il principio del contraddittorio endoprocedimentale, con il connesso diritto a che le ragioni della parte vengano ascoltate prima che il provvedimento venga

<sup>10</sup> SASSANI, *Il discorso interrotto. Il diritto processuale ed il suo “oggetto” al tempo del right to a fair trial*, in *judicium.it*, 10 maggio 2022.

<sup>11</sup> SASSANI, *op. cit.*, 2.

<sup>12</sup> Cfr. PANZAROLA, *Processo, procedimento e iudicium (brevissime osservazioni a margine di una celebre dottrina). Invito al dibattito*, in *Il Processo*, 2021, II, 217 ss., per ampie considerazioni in tema di irriducibilità del processo allo schema procedimento. Il contributo è richiamato anche da SASSANI, *Il discorso interrotto*, cit., 1, il quale, a proposito della impostazione di Elio Fazzalari, afferma che «pare a Panzarola che questa teoria – matrice di “fertili sviluppi garantisti in altri autori” – meriti di essere riconsiderata, non nel senso di rinnegarne nucleo costruttivo e sviluppo bensì per collocarne il baricentro sul giudizio “anziché sulla nozione di procedimento”».

<sup>13</sup> Ci si riferisce all'ordinanza n. 47/2023, per mezzo della quale la Corte costituzionale ha sollecitato con forza un tempestivo intervento normativo volto ad introdurre in materia tributaria il contraddittorio preventivo in forma generalizzata, su cui, tra i contributi più recenti, si v. SALVINI, *Civiltà giuridica e diritto al contraddittorio endoprocedimentale*, in MASTROIACOVO - MELIS (a cura di), *Il diritto costituzionale tributario nella prospettiva del terzo millennio, Atti del convegno LUISS Guido Carli 10-11 giugno 2022*, Torino 2022; MELIS, *Il contraddittorio procedimentale nella riforma fiscale: un balzo in avanti verso il “giusto procedimento tributario”?*, in *ilfisco*, n. 14/2023, 1318 ss.; MARCHESELLI, *Il contraddittorio procedimentale: otto pilastri, un problema e una possibile soluzione*, in MANZON - MELIS (a cura di), *Il diritto tributario nella stagione delle riforme. Dalla legge 130/2022 alla legge 111/2023*, Pisa, 2024; BORGIA, *L'arduo percorso verso il riconoscimento della previsione generale della partecipazione difensiva nei procedimenti tributari*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2023, 951 ss.; COMELLI, *Il principio del contraddittorio endoprocedimentale tra vecchie e nuove (in)certezze applicative*, in *Dir. prat. trib.*, 2024, 1944 ss.

emanato o produca i propri effetti (il c.d. diritto ad essere ascoltati) è ritenuto espressione tipica del *due process of law*, che viene considerato fondamentale per “qualsiasi” tipo di procedimento, non solo a carattere propriamente giurisdizionale<sup>14</sup>. Ne deriva il necessario ancoraggio del riconoscimento del contraddittorio preventivo ad un criterio di effettività giuridica, se solo si pensa che, come evidenziato da attenta dottrina, è stato l’ordinamento europeo a ridare centralità a questo valore, ponendolo a fondamento dell’integrazione giuridica tra gli Stati, cosicché lo stesso ha assunto il ruolo di parametro di coerenza ed efficacia di ogni disciplina giuridica formale e sostanziale<sup>15</sup>.

Infatti, le prerogative di cui al principio di effettività impongono di interpretare l’enunciato astratto della legge in modo tale che esso venga concretamente applicato nella realtà quotidiana, rifuggendo quindi da approcci di “mera forma”, che rendono impossibile o estremamente difficile il riconoscimento e la tutela dei diritti.

L’evoluzione del rapporto tributario verso i canoni universali della trasparenza e collaborazione imporrebbe la ricerca costante di soluzioni giuridiche ispirate al principio di effettività dei diritti umani, andando al di là dei profili d’inquadramento formale delle fattispecie<sup>16</sup>.

## 2. La tutela “multilivello” dei diritti del contribuente nel sistema delle fonti

Nella fase odierna, caratterizzata da una sempre più incisiva (anche rispetto ai “vuoti” presenti in molte legislazioni nazionali) tutela integrata dei diritti nello spazio giuridico e giudiziario europeo, lo sviluppo delle garanzie alla base del giusto processo in materia tributaria<sup>17</sup> passa attraverso l’ormai acquisita tutela dei diritti del contribuente nel sistema multilivello delle fonti<sup>18</sup>.

---

<sup>14</sup> Sulla rilevanza, quale principio generale del diritto europeo, del *due process of law*, di cui costituisce espressione “il diritto di essere ascoltati”, e sul decisivo ruolo della giurisprudenza della Corte di giustizia per la sua affermazione, cfr. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in RENNA - SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, 41 ss. All’interno della stessa opera, sul *due process of law* quale principio “condiviso”, cfr. DELLA CANANEA, *I principi del diritto pubblico globale*, 61 ss.

<sup>15</sup> Cfr. diffusamente MICELI, *Il principio comunitario di effettività quale fondamento dell’integrazione giuridica europea*, in AAVV., *Scritti in onore del prof. Vincenzo Atripaldi*, Napoli, 2010.

<sup>16</sup> In tal senso, cfr. Corte Cost., 23 luglio 2015, n. 184.

<sup>17</sup> In tema di giusto processo e diritto tributario, oltre ai contributi già citati, cfr. F. GALLO, *Verso un “giusto processo tributario”*, in *Rass. trib.*, 2003, 11 ss.; F. TESAURO, *Giusto processo e processo tributario*, *ivi*, 2006, 11 ss.; L. PERRONE, *Diritto tributario e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rass. trib.*, 2007, 675 ss.; DEL FEDERICO, *Tutela del contribuente ed integrazione giuridica europea*, Milano, 2010, 28 ss.; BILANCIA - CALIFANO - DEL FEDERICO - PUOTI (a cura di), *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e giustizia tributaria italiana*, Torino, 2014; MARCHESELLI - DOMINICI, *Giustizia tributaria e diritti fondamentali. Giusto tributo, giusto procedimento, giusto processo*, Torino, 2016.

<sup>18</sup> Cfr. CARINCI, *La tutela dei diritti del contribuente nel sistema multilivello delle fonti e dei modelli di tutela*, in *Riv. dir. trib.*, 2022, I, 231 ss. Per i molti spunti di riflessione offerti, cfr. anche MARINELLO, *Diritto al silenzio e sistema tributario: il processo di osmosi tra Corti europee e Corti nazionali innalza lo*

A partire dalla dimensione nazionale, infatti, il diritto ad un processo equo è tutelato attraverso le disposizioni di cui agli articoli 111 della Costituzione italiana, 6 CEDU e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito anche Carta di Nizza o CDFUE)<sup>19</sup>.

In particolare, focalizzando l'attenzione sulla dimensione europea, grande rilevanza è riconosciuta al principio del contraddittorio tra le parti declinato "in chiave processuale", stando a quanto è previsto dall'art. 6 CEDU e dall'interpretazione che di esso fornisce la Corte europea dei diritti dell'uomo<sup>20</sup>.

Come è possibile osservare, il testo del menzionato articolo presenta delle chiare somiglianze con il dettato dell'art. 47 della Carta di Nizza, dedicato al diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale, dal quale traspare quanto importante sia il principio di effettività della tutela giurisdizionale<sup>21</sup> nella dimensione sovranazionale<sup>22</sup>.

Infatti, poiché il principio di effettività trova la sua dimensione a livello sovranazionale – e non solo in virtù dell'art. 6 CEDU e del diritto ad un ricorso effettivo ai sensi dell'art. 47 della Carta di Nizza, ma anche e soprattutto grazie alla giurisprudenza delle alte Corti<sup>23</sup> – la sua garanzia contribuisce alla cosiddetta "europeizzazione" dei sistemi processuali nazionali, seppur con le cautele dovute dal rispetto dell'autonomia processuale degli Stati membri<sup>24</sup>.

Per quanto rileva in questo lavoro, sembra utile ricordare che la Corte di giustizia dell'Unione europea intende il principio di effettività della tutela giurisdizionale come limite/correttivo al principio di autonomia processuale: esso esprime la necessità di evitare che le situazioni soggettive di derivazione europea trovino ostacoli di natura processuale presso i giudici nazionali, fino ad assurgere a vero e proprio obbligo di risultato in capo alle autorità degli Stati membri, dato

---

*standard di tutela del contribuente*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2022, 629 ss.; CONTRINO, *Sulla certezza del diritto in materia tributaria tra unità del diritto e pluralità di ordinamenti giuridici*, in *Riv. dir. trib.*, 2024, 37 ss.

<sup>19</sup> Per i dovuti approfondimenti, tra i contributi più recenti cfr. F. GALLO, *Il progressivo evolversi del giudizio tributario verso il modello costituzionale del "giusto processo"*, in *Riv. trim. dir. trib.*, 2020, 85 ss.; COMELLI, *I diritti della difesa, in materia tributaria, alla stregua del diritto dell'Unione Europea e, segnatamente, il "droit d'être entendu" e il diritto ad un processo equo*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, I, 1315 ss.; PISTOLESI, *Il giusto processo*, in CARINCI - TASSANI (a cura di), *I diritti del contribuente, Principi tutele e modelli di difesa*, Milano, 2022, 641, anche per ulteriori riferimenti; A. GIOVANNINI, *Per principi, Dodici saggi di diritto tributario e oltre*, Torino, 2022, 161 ove l'Autore magistralmente afferma che tramite la verifica processuale si incarna l'interesse superiore ed obiettivo dell'ordine giuridico alla corretta imposizione.

<sup>20</sup> Cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011, in part. 444.

<sup>21</sup> Per le importanti riflessioni sul tema, cfr. ampiamente lo studio di M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2014.

<sup>22</sup> Per l'individuazione delle principali disposizioni sovranazionali in tema di effettività, cfr. GUZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Milano, 2013, 67 ss.

<sup>23</sup> La giurisprudenza della Corte di Strasburgo ha precisato che le disposizioni della CEDU impongono agli Stati membri di prevedere una giustizia effettiva in base al principio "the domestic remedies must be effective".

<sup>24</sup> Sul punto, cfr. GNES, *Verso la "comunitarizzazione" del diritto processuale nazionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 524 ss.

che il giudice nazionale ha il dovere di utilizzare gli strumenti già messi a disposizione dal suo diritto nazionale per consentire il raggiungimento dell'obiettivo di effettività del diritto dell'Unione<sup>25</sup>.

Nella dimensione europea, quindi, il principio assume una connotazione del tutto peculiare, richiedendo che l'insieme delle regole processuali nazionali non sia tale da rendere impossibile o anche solo eccessivamente difficile la garanzia del diritto dei singoli, dovendosi altresì privilegiare, tra tutte le soluzioni compatibili con il dato normativo interno, quelle più attente ai profili di pienezza della tutela delle parti<sup>26</sup>.

Focalizzando l'attenzione sulla giurisprudenza più recente della Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>27</sup>, i giudici hanno avuto modo di chiarire che proprio l'art. 47 della CDFUE, con riguardo alla "pienezza" della tutela giurisdizionale e ad altri principi fondamentali del processo, concorre a configurare le caratteristiche che deve avere un sistema di giustizia nazionale che ambisce ad essere coerente con la nozione di Stato di diritto così come ricostruita dalla Corte<sup>28</sup>.

Tanto osservato, l'art. 6 della CEDU prevede che la funzione giurisdizionale si svolga secondo le regole dell'equo processo, che, come ribadito dagli stessi

---

<sup>25</sup> Cfr. GALETTA, *La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, in *ius-publicum.com*, 10.

<sup>26</sup> Cfr. VILLATA, *Osservazioni in tema di incidenza dell'ordinamento comunitario sul sistema italiano di giustizia amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2006, 864.

<sup>27</sup> Cfr. Corte giust., causa C-189/19, *Glencore*; Corte giust., causa C-419/14, *WebMindLicenses Kft c. Nemzeti Ado – és Vamhivatal Kiemelt Ado – és Vam Foigazgatóság*, del 17 dicembre 2015, par. 87 e 89; da ultimo, Corte giust., sentenza 6 ottobre 2020, cause riunite C-245/19 e C-246/19, *État luxembourgeois*.

<sup>28</sup> Cfr. Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-619/18, *Commissione europea c. Repubblica di Polonia*, ove si evidenzia che l'art. 2 del TUE afferma che «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

In dottrina, per approfondire, cfr. E. CANNIZZARO, *Il ruolo della Corte di giustizia nella tutela dei valori dell'Unione europea*, in *Liber Amicorum Antonio Tizzano. De la Cour CECA à la Cour de l'Union: le long parcours de la justice européenne*, Torino, 2018, 152 ss.; ARANCI, *I recenti interventi della Corte di Giustizia a tutela della rule of law in relazione alla crisi polacca*, in *European Papers*, n. 2, 2019, 272 ss.; CARTA, *La recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in merito all'inadempimento degli obblighi previsti dagli articoli 2 e 19 TUE: evolutionary or revolutionary road per la tutela dello Stato di diritto nell'Unione europea?*, in *Eurojus*, n. 1, 2020; FABBRINI, *Il caso Polonia e il destino dell'Unione europea*, in *Il Sole 24 Ore*, 17 ottobre 2021; TIZZANO, *Conclusioni generali*, in AMALFITANO - D'AMICO - LEONE (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea nel sistema integrato di tutela*, Torino, 2022, 415.

Oggi il valore dello Stato di diritto è ritenuto essenziale per la continuità dell'esistenza dell'Unione Europea; quindi, ben si comprende la centralità del rispetto di esso anche nel diritto dei singoli Stati membri.

giudici di Strasburgo<sup>29</sup>, occupa in una società democratica un posto preminente e che della disposizione costituisce il cuore pulsante, dal momento che le altre garanzie ivi contenute ne costituiscono una specificazione: tra di esse spiccano il principio della parità delle armi tra le parti e quello del contraddittorio tra le stesse<sup>30</sup>.

In particolare, sembra sussistere il diritto a una tutela in sede giurisdizionale anche con riguardo all'esercizio dei poteri da parte dell'Amministrazione finanziaria all'interno del procedimento tributario, giacché la relativa potestà deve essere esercitata nel rispetto delle regole dello Stato di diritto e dei principi fondamentali del diritto dell'Unione Europea.

Difatti, il rispetto dei diritti della difesa e del diritto che ne deriva, per ogni persona, di essere ascoltata prima dell'adozione di una qualsiasi decisione che possa incidere in modo negativo sui suoi interessi, costituisce da tempo un principio fondamentale del diritto dell'Unione (si pensi, ad esempio, alla nota causa *Sopropé* decisa dalla Corte di giustizia dell'Unione europea<sup>31</sup>).

Il diritto al contraddittorio in qualsiasi procedimento, come è stato chiarito dalla Corte di giustizia, è ora sancito non solo negli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che presidiano il rispetto dei diritti della difesa nonché il diritto ad un processo equo in qualsiasi procedimento giurisdizionale, bensì anche nell'articolo 41 della medesima Carta che garantisce il diritto ad una buona amministrazione<sup>32</sup>.

### 3. Il diritto di difesa tra procedimento e processo: le garanzie di cui all'articolo 6 CEDU

Eppure, nell'interpretazione del dato letterale inizialmente fornita, l'art. 6 CEDU si è ritenuto applicabile alla materia penale e a quella civile e delle obbligazioni, invero non mostrandosi particolare attenzione per l'ambito pubblicistico e, precisamente, per quello fiscale. La posizione appariva giustificata dall'impossibilità di ricondurre questo particolare contenzioso a una delle due giurisdizioni menzionate.

Questa impostazione è stata criticata da autorevole dottrina in ordine al non

---

<sup>29</sup> Cfr. SPADEA, *Il giusto processo amministrativo secondo l'art. 6 della CEDU e con cenni al caso italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 368.

<sup>30</sup> Cfr. ALLENA, *Art. 6 CEDU. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012, 16 ss.

<sup>31</sup> Al riguardo, sia consentito rinviare a BORGIA, *Il principio del contraddittorio nella giurisprudenza tributaria della Corte di Giustizia. Il caso Sopropé*, in *diritti-cedu.unipg.it*, 23 marzo 2017.

<sup>32</sup> Su cui ampiamente, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, cfr. PIERRO, *I doveri di informazione dell'amministrazione finanziaria e la "nuova" trasparenza amministrativa tra diritto e principio di buona amministrazione*, in *Id.* (a cura di), *Il diritto ad una buona amministrazione nei procedimenti tributari*, Milano, 2019, 78 ss. Per i dovuti approfondimenti, cfr. anche gli altri contributi raccolti nella colletanea, ove gli autori puntualmente verificano se le tutele e le garanzie riconosciute al contribuente dall'ordinamento tributario italiano possano essere potenziate dal diritto ad una buona amministrazione di matrice europea.

voler garantire non solo al processo, ma anche al procedimento tributario, canoni immanenti, a causa di una caratterizzazione autoritativa del rapporto obbligatorio che non consente la riconduzione della fiscalità in materia civile<sup>33</sup>.

La CEDU ha trovato soltanto in un secondo momento applicazione al diritto tributario grazie alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, la quale ha esteso significativamente il campo di applicazione dell'art. 4, prot. 7 della Convenzione; ciò, in particolare, con riferimento alla dibattuta questione della reale portata afflittiva delle sanzioni amministrative e, quindi, al rispetto del principio del *ne bis in idem* in ragione di sanzioni penali e sanzioni qualificate come amministrative dal diritto nazionale, ma sostanzialmente penali, irrogate allo stesso soggetto per i medesimi comportamenti<sup>34</sup>.

In dottrina è stato attentamente segnalato che a tale conclusione si è giunti in quanto si è ritenuto che il procedimento tributario, nella fase delle indagini, possa essere accostato al processo penale<sup>35</sup>.

Così facendo è stato possibile ricondurre la materia tributaria all'interno di uno degli insiemi della suddetta bipartizione. Di fatto, la Corte ha riconosciuto l'applicabilità delle garanzie contenute nell'art. 6 CEDU – dunque anche il diritto al contraddittorio – al procedimento tributario di indagini, prima ancora che al processo.

Vale la pena notare che in precedenza lo stesso *iter* aveva riguardato il procedimento amministrativo<sup>36</sup>, con riguardo al quale una prima apertura verso l'applicazione del principio aveva interessato profili di diritto sostanziale nell'ambito di procedimenti amministrativi in materia di espropriazione, protezione dell'ambiente ecc.

In sostanza, si riconosceva l'applicabilità dell'art. 6 CEDU ai procedimenti amministrativi relativi a interessi di carattere patrimoniale ma, progressivamente, venivano ricomprese tutte le fattispecie in cui si delineava una posizione soggettiva sostanziale vantata dal privato nei confronti della Pubblica Amministrazione, non dissimile dai diritti e obbligazioni di carattere civile, in quanto incidente su rapporti di diritto privato<sup>37</sup>.

L'art. 6 CEDU ha finito per assumere una grande importanza in materia

---

<sup>33</sup> Cfr. DEL FEDERICO, *I principi della Convenzione europea dei diritti dell'uomo in materia tributaria*, cit., il quale osserva come la visione autoritativa dell'Amministrazione finanziaria e del potere impositivo, che sono la causa principale di questa "chiusura", risultino, oggi, certamente superate.

<sup>34</sup> Per una panoramica sul tema, a partire dalla bibliografia citata, sia consentito rinviare di recente a BORGIA, *La proporzionalità delle sanzioni tributarie nelle linee evolutive tracciate dalla giurisprudenza europea e il "decreto Sanzioni" (D.Lgs. n. 87/2024): l'inciampo sulla deroga al principio del favor rei*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 24 dicembre 2024.

<sup>35</sup> Cfr. MICELI, *Il contraddittorio pre-contenzioso nelle indagini tributarie: un principio generale senza disciplina*, in *Riv. dir. trib.*, 2016, I, 345 ss.

<sup>36</sup> Per approfondire, cfr. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in ID. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Milano, 2003, 173 ss.

<sup>37</sup> Cfr. ALLENA, *L'art. 6 Cedu come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, 267 ss.

amministrativa dal momento che, in virtù dell'innovativa lettura fornita dai giudici di Strasburgo alla nozione di “*Tribunale*” ivi contenuta, è stato finalmente esteso alla dimensione “procedimentale”.

Pur non potendosi qui ricostruire l'ampio dibattito che ha coinvolto i pubblicisti sul tema, occorre quanto meno evidenziare che della nozione è stata accolta un'accezione di tipo “sostanziale”, dunque volta a privilegiare i profili attinenti alla “funzione” rispetto a quelli concernenti l'organizzazione, dovendosi guardare ai poteri che l'organo in questione esercita in concreto ed in particolare alla possibilità che questo abbia di pronunciare una decisione in grado di produrre una modificazione della realtà con effetti potenzialmente lesivi della sfera giuridica di soggetti terzi<sup>38</sup>.

Nella visione certamente innovativa e dirompente della Corte EDU, l'effetto di modificazione della realtà giuridica prodotto da un provvedimento amministrativo non è diverso da quello di una sentenza; applicare in materia amministrativa la norma di cui si discute si traduce inevitabilmente nell'aspirazione ad una parità processuale tra le parti che per forza di cose ha riflessi anche sul piano sostanziale, attraverso l'eliminazione dei privilegi dell'Amministrazione e la costruzione di un sistema di tutela effettiva del privato nei suoi confronti.

Quindi, seppure tradizionalmente l'art. 6 CEDU sia stato inquadrato come norma riferibile unicamente al giusto processo, con un ambito di applicazione non idoneo a sanzionare eventuali carenze del contraddittorio procedimentale, una sua lettura allineata con l'interpretazione fornita dalle alte Corti internazionali porta quanto meno a dubitare che il diritto di difesa riguardi soltanto il “processo”, ben potendosi estendere fino a comprendere anche il “procedimento”.

Più chiaramente, se l'Autorità pubblica, assurgendo a “*Tribunale*”, deve rispettare le garanzie processuali di cui all'art. 6 CEDU, con tutta evidenza i principi della parità delle armi tra le parti e del contraddittorio tra le stesse subiranno una trasposizione dalla dimensione processuale a quella amministrativa procedimentale<sup>39</sup>.

Ne consegue la necessità che i modi di esercizio dei poteri attribuiti agli organi amministrativi e giurisdizionali siano ugualmente configurati, alla luce della “processualizzazione” della fase procedimentale<sup>40</sup>, in modo tale da delineare un

---

<sup>38</sup> Sul punto, cfr. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 687; ALLENA, *op. cit.*, 38 ss.

<sup>39</sup> Per approfondire, cfr. CHIAVARIO, *Art. 6. Diritto ad un processo equo*, in BARTOLE - CONFORTI - RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 192.

<sup>40</sup> Occorre ricordare che già F. BENVENUTI, *L'impatto del procedimento nell'organizzazione e nell'ordinamento*, in AA.VV., *Studi in onore di L. Mengoni*, Milano, 1995, 1735, aveva parlato di

rapporto tra dimensione procedimentale e processuale del tutto compatibile con la logica di una loro integrazione<sup>41</sup>.

Le decisioni della Corte sono espressione di una concezione del diritto di difesa delle parti particolarmente ampia, intendendolo quale anticipazione in sede procedimentale del contraddittorio processuale, giacché secondo il diritto europeo ne costituisce il fondamento originario<sup>42</sup>.

Un tale assunto, soltanto in apparenza teorico, viene sostenuto anche da autorevole dottrina amministrativista, la quale si auspica che, nei rapporti *inter partes*, i litiganti operino sempre più su un piano di parità in sede extraprocessuale, dal momento che in sede processuale gran parte delle volte si trovano in una posizione fortemente sbilanciata.

In quei fondamentali e precursori studi si evidenzia che il processo amministrativo assume maggiore significato e può funzionare meglio quanto più è sviluppato l'istituto del procedimento, con ciò auspicandosi che la Pubblica Amministrazione divenisse più consapevole del proprio ruolo extraprocessuale e si ponesse davvero sul piano della parità extraprocessuale<sup>43</sup>.

Testimone la storia, accade dunque che, con l'avvento del nuovo modello di amministrazione "partecipata" inaugurato dalla L. n. 241 del 1990, il legislatore ridisegna i rapporti tra cittadino e pubblico potere valorizzando la cooperazione procedimentale, funzionalmente preordinata all'efficienza, efficacia e trasparenza dell'azione amministrativa, così consacrando l'effettività del giusto procedimento. Questo attraverso la trasposizione, sul piano sostanziale, di molti di quei principi che, per diverso tempo, erano stati dettati per regolare situazioni "esclusivamente" riconducibili ai rapporti di natura giurisdizionale<sup>44</sup>.

Come è stato evidenziato da accorta dottrina, è sintomatico che la l. n. 241 del 1990 utilizzi istituti di natura prettamente giurisdizionale che potenziano il contraddittorio nel procedimento, quali, ad esempio, il riconoscimento di prendere parte all'azione amministrativa e di obbligare l'Amministrazione a pronunciarsi sui contributi scaturiti dallo svolgimento del procedimento in contraddittorio, nonché la possibilità di consultare ed estrarre copia dei documenti in possesso dell'autorità al fine di consentire la tutela delle situazioni

---

"processualizzazione dell'ordinamento amministrativo" come principale effetto provocato dall'entrata in vigore in Italia della legge generale sul procedimento amministrativo del 1990.

<sup>41</sup> Sul punto, anche per ulteriori riferimenti dottrinali e giurisprudenziali, cfr. A. CARBONE, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale*, Torino, 2016, 152.

<sup>42</sup> Cfr. COCCONI, *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 1127.

<sup>43</sup> Cfr. F. BENVENUTI, voce *Processo amministrativo (Struttura)*, in *Enc. Dir.*, XXXVI, Milano, 1987, 459 ss.

<sup>44</sup> Per approfondire, si v. MIGLIORINI, *La giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo*, in B. CAVALLO (a cura di), *Procedimento amministrativo e diritto di accesso*, Napoli, 1993, 83 ss.; SAITTA, *Il sistema probatorio nel processo amministrativo dopo la legge n. 241 del 1990: spunti ricostruttivi*, in *Dir. proc. amm.*, 1996.

giuridicamente rilevanti<sup>45</sup>.

#### 4. Dall'archetipo del "processo" alla giustizia nel "procedimento" tributario. Una lettura obiettivata dell'articolo 111 della Costituzione

Sembra, dunque, si possa sostenere che, in materia tributaria, la garanzia del giusto processo debba passare inevitabilmente attraverso un'effettiva protezione del giusto procedimento.

Questo perché procedimento e processo sono intrinsecamente collegati in modo tale che non è possibile realizzare livelli effettivi di giustizia tributaria senza tenere conto delle vicende del procedimento tributario<sup>46</sup>.

Tanto vale, ad esempio, laddove la natura afflittiva delle sanzioni tributarie, oltre a rendere applicabili le garanzie del giusto processo, conduce ad un'equiparazione, in punto di tutela, tra la dimensione processuale e quella procedimentale, nel senso che – anche nella fase amministrativa – i poteri dell'Amministrazione finanziaria non possono essere esercitati in modo tale da violare i diritti che, in ogni caso, spettano al contribuente nella successiva fase processuale<sup>47</sup>.

Anche a voler prescindere dalla ormai certa applicabilità dell'art. 6 CEDU alle ipotesi in cui nel processo tributario si discute anche dell'applicazione di sanzioni, in ogni caso il Trattato impatta egualmente sui processi tributari italiani attraverso il principio di eguaglianza e la portata generale dell'articolo 111 della Costituzione.

Proprio alla luce di ciò, l'acquisizione di elementi di prova nel corso dell'istruttoria presso gli uffici dell'Amministrazione finanziaria, in carenza di un'effettiva previsione generale del contraddittorio procedimentale, è suscettibile di pregiudicare un'efficace difesa da parte del contribuente nella successiva fase processuale, con la lesione, che ne deriva, del principio della parità delle armi e dunque del "giusto processo" garantito dall'art. 111 Cost.<sup>48</sup>, la cui applicazione

<sup>45</sup> Cfr., per una completa ricostruzione del contraddittorio nel procedimento amministrativo, FIGORILLI, *Il contraddittorio nel procedimento amministrativo (dal processo al procedimento con pluralità di parti)*, Napoli, 1996, *passim*; per la materia tributaria, tra gli studi più recenti che si sono occupati della possibilità di un ravvicinamento normativo tra il comparto tributario e la disciplina generale dell'azione amministrativa, si v. GUIDARA, *Discrezionalità e vincolatezza nell'azione dell'amministrazione finanziaria*, in *Dir. prat. trib.*, 2020, 5 ss. e, più di recente, dello stesso A., *Obbligazione tributaria, diritto pubblico e situazioni soggettive*, in MAZZUCA - MAURO (a cura di), *Sulle interrelazioni tra settori del sistema giuridico. Esperienze interdisciplinari*, Napoli, 2024, in part. 243 ss.; FARRI, *La codificata obbligatorietà del contraddittorio endoprocedimentale al cospetto della legge generale sul procedimento amministrativo: prime riflessioni di carattere sistematico*, in *Dir. prat. trib.*, 2021, 68 ss.

<sup>46</sup> Cfr. PISTONE, *Diritto tributario europeo*, Torino, 2018, 95 ss.

<sup>47</sup> In senso analogo, cfr. CORDEIRO GUERRA, *Diritto tributario internazionale. Istituzioni*, Padova, 2012, 154.

<sup>48</sup> Sulla genesi ideologico-politica e culturale del "nuovo" articolo 111 della Costituzione, cfr. lo studio di TROCKER, *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili*

anche al processo tributario è ormai fuori discussione.

L'assenza di un pieno contraddittorio nella fase amministrativa rischia di comportare finanche uno slittamento del contraddittorio stesso nella fase processuale, tanto da poter determinare un irragionevole ampliamento dei tempi di durata del processo, finendo così col vulnerare il canone fondamentale tutelato dall'art. 6 CEDU e dall'art. 111 della Costituzione.

Ora, dal momento che anche i più recenti indirizzi giurisprudenziali della Corte di giustizia dell'Unione europea e della Corte europea dei diritti dell'uomo estendono la tutela dei diritti formali oltre il processo, sino a comprendere anche il procedimento<sup>49</sup>, la ricerca di corrispondenze tra giusto processo e giusto procedimento sembra meritevole di approfondimento anche con riguardo alla materia tributaria.

Come già anticipato in premessa, stando all'impostazione teorica di autorevole dottrina processualcivilista<sup>50</sup>, il processo altro non è che una *species* del più ampio *genus* costituito dal procedimento, inteso quest'ultimo come sequenza di norme, atti e posizioni giuridiche soggettive connessi fra loro, cui sono ammessi a partecipare, in contraddittorio, anche coloro i quali la cui sfera giuridica è destinata a subire gli effetti dell'atto finale con cui il procedimento si conclude, in modo tale che l'autore dell'atto finale non possa obliterare l'attività di costoro.

Uno degli elementi qualificanti del "processo" (inteso quale procedimento di tipo giudiziario) è proprio il contraddittorio, a sua volta da intendersi quale procedimento dialettico svolto in condizioni di parità fra i relativi partecipanti.

Focalizzando l'attenzione sulla legge generale sul procedimento amministrativo, ovvero, per il diritto tributario, sullo Statuto dei diritti del contribuente, è possibile notare che i caratteri identificativi del processo si trovano variamente riflessi all'interno del procedimento, al punto che in dottrina si è

*generali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, n.2001, 383 ss. Per approfondire, si v. anche PROTO PISANI, *Il nuovo art. 111 Cost. e il giusto processo civile*, in *Foro It.*, n. 10/2000; BOVE, *Art. 111 Cost. e "giusto processo civile"*, in *Riv. dir. proc.*, 2002, 479 ss.

Più in generale, sul giusto processo, senza alcuna pretesa di esaustività, si v. FERRARA, *Garanzie processuali dei diritti costituzionali e "giusto processo"*, in *Rass. Parl.*, 1999, 539 ss.; LANFRANCHI, voce *Giusto processo*, in *Enc. Giur.*, XV, Roma, 2001, 1 ss.; CECCHETTI, voce *Giusto processo (Diritto costituzionale)*, in *Enc. Dir.*, V., Milano, 2001, 595 ss.; CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. Dir.*, *Annali*, III, Milano, 2008.

<sup>49</sup> Oltre alla già citata causa *Sopropé*, cfr. Corte giust., 3 luglio 2014, causa C-129/13 e 130/13, *Kamino*; Corte giust., 20 dicembre 2017, causa C-276/16, *Prequ' Italia*; Corte EDU, 23 luglio 2002, app. n. 34619/97, *Janosevic*; Corte EDU, 21 febbraio 2008, app. n. 18497/03, *Ravon*.

<sup>50</sup> Cfr., in particolare, i seguenti scritti di FAZZALARI: *Note in tema di diritto e processo*, Milano, 1957, 105 ss.; *Diffusione del processo e compiti della dottrina*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, 861 ss.; voce *Processo (Teoria generale)*, in *NssD.I.*, XIII, 1966, 1067 ss.; *Istituzioni di diritto processuale*, Padova, 1983, 57 ss.; voce *Procedimento e processo (Teoria generale)*, in *Enc. dir.*, XXXV, Milano, 1986, 819 ss.; *Valori permanenti del processo*, in *Riv. dir. proc.*, 1989, 1 ss.

parlato di tendenza alla “processualizzazione” della funzione amministrativa<sup>51</sup>, soprattutto quando il procedimento – come di regola avviene in materia tributaria – si caratterizza per l’esercizio di poteri autoritativi, come tali idonei ad incidere unilateralmente sui diritti soggettivi.

Dunque, se è possibile convenire che procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale si pongono in relazione di continuità, al punto da osservare che i caratteri salienti del processo si trovano, anche se diversamente declinati, anche nel procedimento d’imposizione, talché il processo può considerarsi un istituto di teoria generale con funzione di archetipo rispetto al procedimento, allora forse non sarebbe errato riflettere sulla funzione dell’art. 111 della Costituzione, da intendersi quale referente costituzionale anche del giusto procedimento tributario.

In materia di contraddittorio, anche in sede procedimentale, è ormai pacifico il richiamo al principio di cui all’art. 24 della Costituzione, nonostante il diritto di difesa affermato nell’articolo *prima facie* sembrerebbe limitato ad un’applicazione nella sola sede processuale.

Analogamente, seppure l’argomento letterale e quello intenzionale sembrano di ostacolo, non sembra potersi escludere nemmeno il richiamo al principio di cui all’art. 111 della Costituzione<sup>52</sup>.

Il legislatore costituzionale, nel formulare l’art. 111, ha preso spunto dall’art. 6 CEDU, dove il termine “contraddittorio” non è menzionato espressamente ma non vi sono dubbi in merito al diritto assicurato al cittadino di essere ascoltato nel corso del procedimento<sup>53</sup>.

L’art. 111 sembrerebbe infatti avere costituzionalizzato il principio del contraddittorio all’interno del più ampio ambito del giusto processo<sup>54</sup>. Sembra opportuno ricordare che, in seguito a corposo dibattito sulla dimensione da attribuire al principio, si è pervenuti alla attribuzione allo stesso della garanzia costituzionale espressa. Questo significa che il contraddittorio deve essere riconosciuto come canone fondamentale e principio generale di un processo che rispetti i requisiti di giustizia.

In realtà, già in precedenza parte della dottrina aveva individuato la portata del concetto di “giusto processo” ravvisandone il nucleo essenziale nelle garanzie

<sup>51</sup> Cfr., anche per ulteriormente approfondire, BUFFONI, *Il rango costituzionale del “giusto procedimento” e l’archetipo del “processo”*, in *forumcostituzionale.it*, 28 ss.

<sup>52</sup> La rilevanza costituzionale del principio del giusto procedimento – sorretto dalle garanzie di cui agli articoli 24 e 111 della Costituzione – è ipotizzata anche da RAGUCCI, *Contraddittorio e “giusto procedimento” nella giurisprudenza costituzionale*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 2016, 486 ss., che richiama le esigenze di tutela del contribuente a fronte dell’esercizio di poteri autoritativi idonei ad incidere unilateralmente sui diritti soggettivi. Ancora, sull’applicabilità dell’articolo 111 Cost. alla materia tributaria, cfr. ampiamente A. GIOVANNINI, *Il diritto tributario per principi*, Milano, 2014, 197 ss.

<sup>53</sup> Cfr. SCHICK, *Il procedimento nel diritto tributario*, in A. AMATUCCI (diretto da), *Trattato di diritto tributario*, vol. III, *Il procedimento di attuazione della norma tributaria*, Padova, 1994, 69 ss.

<sup>54</sup> Cfr. GAMBA, voce *Contraddittorio (principio del)* (*dir. proc. civ.*), in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2014, 138 ss.

di carattere processuale presenti nella Costituzione e, prestando attenzione alle origini di carattere storico e culturale di tale valore, aveva messo in risalto il collegamento con il concetto di *due process of law* tipico degli ordinamenti di *Common Law*, e con le disposizioni delle garanzie processuali presenti nelle convenzioni internazionali in materia di diritti umani<sup>55</sup>.

Analogamente, la Corte costituzionale aveva desunto dall'art. 24 Cost. la garanzia dello svolgimento di un processo "giusto", senza, però, operare quel collegamento – auspicato dalla dottrina – con i principi elaborati dai giudici di Strasburgo in riferimento al concetto di giusto processo ed all'art. 6 della CEDU.

I primi riferimenti espliciti al principio del giusto processo sono operati dalla Consulta in alcune decisioni a partire dalla metà degli anni '80. Vi è poi un secondo gruppo di sentenze degli anni '90 che, oltre a richiamare la nozione di giusto processo, ne individua il significato e le implicazioni qualificandolo al rango di vero e proprio principio costituzionale<sup>56</sup>.

Tuttavia, al di là delle diverse tesi circa il riconoscimento nell'art. 111 Cost. del carattere solo ricognitivo di regole e principi già presenti nel sistema costituzionale o, al contrario, della funzione innovativa e rifondatrice dei canoni di equità processuale, la costituzionalizzazione del contraddittorio ne consacra la collocazione nell'ambito dei diritti morali o naturali già riconosciuti dalla giurisprudenza della Corte europea<sup>57</sup>.

Tanto fin qui detto, l'elaborazione di un'interpretazione comprensiva anche del procedimento non è stata immediata. Inizialmente, il principio è stato riconosciuto con riguardo all'ambito processuale civile e penale. Soltanto successivamente se ne è riconosciuta la rilevanza anche nel processo amministrativo.

Autorevole dottrina amministrativista vi ha riconosciuto un valore che travalica i ristretti confini processuali, in quanto principio generale, di matrice costituzionale, derivante dal correlativo principio di imparzialità. Come da questa affermato, l'imparzialità, se dal lato negativo indica il disinteresse di chi esercita la funzione, dal lato positivo significa uguale interesse di chi è chiamato ad essere destinatario del suo esercizio: ciò che costituisce il fondamento generale dell'istituto del contraddittorio<sup>58</sup>. Ebbene, questa interpretazione della disposizione costituzionale consente di estendere l'operatività dei canoni di imparzialità ad essa sottesi in una ottica non di mera salvaguardia della legalità,

---

<sup>55</sup> Per una articolata rassegna della dottrina e della giurisprudenza costituzionale, cfr. CECCHETTI, *Giusto processo (dir. cost.)*, in *Enc. dir.*, V, Agg., Milano, 2001, 595 ss.

<sup>56</sup> Anche per approfondire, cfr. TROCKER, *Il nuovo art. 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile: profili generali*, in CAPPONI - VERDE (a cura di), *Il nuovo articolo 111 della Costituzione e il "giusto processo" in materia civile*, Napoli, 2002, 27 ss.

<sup>57</sup> Cfr. GALANTINI, *Giusto processo e garanzia costituzionale del contraddittorio nella formazione della prova*, in *Dir. pen. cont.*, 7 settembre 2011.

<sup>58</sup> Cfr. F. BENVENUTI, voce *Contraddittorio (principio del)* (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, IX, Milano, 1961, 738 ss.

bensi di interazione di natura difensiva. Si tratta, dunque, di riconoscere, anche nel procedimento, la possibilità di affiancare alla partecipazione intesa come collaborazione un confronto dialettico che favorisca l'accertamento della verità.

Quindi, assume validità il tentativo di attribuire al "giusto procedimento" il crisma della costituzionalità attraverso l'art. 111 della Costituzione ed, in particolare, attraverso le forme tipiche del processo costituzionalizzate al c. secondo della disposizione.

In primo luogo, l'ancoraggio del giusto procedimento amministrativo all'art. 111 Cost. consentirebbe di superare i rilievi di chi in passato aveva negato la possibilità di agganciare tale principio all'art. 24 Cost. ritenendo che il procedimento, a differenza del processo, non ha l'obiettivo di tutelare i diritti delle parti.

Come è stato osservato, la lettera dell'art. 111 Cost., in questo distinguendosi rispetto all'art. 24 Cost., è chiara nel delineare il processo più come canone obiettivo di esercizio della funzione che garanzia di situazioni giuridiche soggettive<sup>59</sup>.

Una simile lettura obiettivata dell'articolo 111 della Costituzione permetterebbe di estendere la copertura costituzionale del metodo processuale anche al di fuori della funzione giurisdizionale, senza così snaturare l'istituzionale preordinazione della funzione amministrativa al soddisfacimento dell'interesse pubblico corrispondente alla causa del potere esercitato.

Questa operazione, peraltro, non intaccherebbe la "vocazione" garantista del giusto procedimento considerato alla stregua di diritto fondamentale dell'individuo, perché il fine ultimo sarebbe quello di configurare un nuovo modo di essere del rapporto pubblico-privato, *de facto* rendendo l'esercizio del pubblico potere più permeabile alla partecipazione.

Basti osservare che il giusto procedimento non ha tanto lo scopo di tutelare i diritti delle parti, quanto quello di garantire che il confronto, svolto in condizioni di parità, sia strumentale all'esercizio della funzione – giurisdizionale o amministrativa – con obiettività, così assicurando la giusta considerazione delle situazioni giuridiche soggettive che nel procedimento sono coinvolte.

Lo stesso richiamo alle "condizioni di parità" tra le parti, in realtà, non significa "parità delle parti", che, come noto, nella materia tributaria pari non sono, ma può auspicabilmente tradursi in parità dialettica e delle armi tra le parti.

Il contraddittorio consentirebbe allora di garantire, nel miglior modo possibile, quelle condizioni di parità tra le parti che, ponendosi alla base del giusto processo, non possono non ravvisarsi anche all'interno del procedimento tributario, che con imparzialità deve essere condotto.

In secondo luogo, pensando alle caratteristiche essenziali del processo positivizzate al c. 2 dell'art. 111 della Costituzione non pare difficile scorgere in esse quei valori permanenti del processo, variamente declinabili, idonei a

---

<sup>59</sup> Cfr. BUFFONI, *Il rango costituzionale del "giusto procedimento"*, cit., 33.

restituire anche il nocciolo duro del giusto procedimento amministrativo. La ricostruzione del giusto procedimento sul modello dell'art. 111 Cost., in cui esigenze di difesa e di efficienza convivono nel duplice richiamo alle garanzie del contraddittorio paritetico ed alla ragionevole durata, consentirebbe la sintesi tra le due anime della disciplina costituzionale dell'azione amministrativa riassunte nell'articolo 97 della Costituzione, e cioè tra l'anima c.d. difensivo – garantista e quella c.d. efficiente – funzionale.

### **5. L'occasione mancata di generalizzare, in attuazione della legge delega n. 111/2023, la partecipazione “difensiva” dei contribuenti nei procedimenti tributari**

Venendo all'oggi, recependo il chiaro monito della Corte costituzionale sulla urgenza di un intervento legislativo volto a generalizzare il diritto al contraddittorio procedimentale nella materia tributaria, il legislatore è intervenuto con la legge delega n. 111/2023, con la quale ha formulato i seguenti principi e criteri direttivi sul tema<sup>60</sup>:

- ai sensi dell'art. 4, c. 1, lett. e) *«prevedere una generale applicazione del principio del contraddittorio a pena di nullità»;*
- ai sensi dell'art. 4, c. 1, lett. d) *«prevedere una disciplina generale del diritto di accesso agli atti del procedimento tributario»;*
- ai sensi dell'art. 17, c. 1, lett. b) *«applicare in via generalizzata il principio del contraddittorio, a pena di nullità, fuori dai casi dei controlli automatizzati e delle ulteriori forme di accertamento di carattere sostanzialmente automatizzato e prevedere una disposizione generale sul diritto del contribuente a partecipare al procedimento tributario, secondo le seguenti caratteristiche:*

1. *Disciplina omogenea indipendentemente dalle modalità con cui si svolge il controllo;*
2. *Termine congruo a favore del contribuente per formulare osservazioni sulla proposta di accertamento;*
3. *Obbligo da parte dell'ente impositore di motivare espressamente sulle osservazioni formulate dal contribuente;*
4. *Estensione del livello di maggior tutela previsto dall'art. 12, c. 7, della citata legge n. 212 del 2000».*

Tuttavia, la stessa legge delega ha previsto espressamente che non si applichi il contraddittorio endoprocedimentale in via generalizzata ai controlli ex articoli 36-bis e 36-ter d.P.R. n. 600/1973 e 54-bis d.P.R. n. 633/1973. Eppure, data la sua

---

<sup>60</sup> Per un primo commento alla legge delega, cfr. CORRADO, *La riforma del fisco riscrive lo Statuto del contribuente*, in *Ipsos Quotidiano*, 13 maggio 2023; e, più di recente, gli approfonditi studi di MASTROIACOVO, *Procedimenti accertativi e nuovo rapporto tra fisco e contribuente nella legge delega di riforma tributaria*, in *Rass. Trib.*, 2023, 479 ss. e PISTONE, *L'uropeizzazione del diritto tributario e la riforma fiscale italiana: dall'adattamento all'adeguamento al diritto europeo*, in *Dir. prat. trib. int.*, 2024, 303 ss.

natura dichiaratamente “generale”, dal dettato della legge delega il nuovo contraddittorio sembrava applicabile anche ai procedimenti di rimborso.

Non solo, dal momento che, come vedremo, il decreto attuativo ha esteso le ipotesi di esclusione dal diritto al contraddittorio rispetto alla legge delega, demandando ad un decreto del Ministero dell’Economia e delle Finanze l’esatta individuazione degli atti esclusi. Per poi riservare ad un altro decreto del MEF il compito di individuare i casi di diniego di istanze di rimborso per i quali è ammesso il contraddittorio.

Nella legge delega è venuto, inoltre, meno qualsiasi riferimento alla parzialità dell’avviso di accertamento, che per l’art. 5-ter d.lgs. n. 218/1997 era causa di esclusione dall’obbligo di invitare il contribuente a comparire, tuttavia tale esclusione è stata riproposta con il decreto attuativo.

Al tempo stesso, meritoriamente è stato chiarito che non può ritenersi obbligatoria la cosiddetta prova di resistenza<sup>61</sup>.

Tanto brevemente delineato in ordine alla legge delega, il legislatore della riforma, nel recepire i principi e criteri direttivi sopra individuati, ha operato su due fronti: con il d.lgs. n. 219/2023 ha inserito a livello sostanziale un principio generale all’interno dello Statuto dei diritti del contribuente introducendo *ex novo* l’art. 6-bis, mentre con il d.lgs. n. 13/2024 ha previsto a livello procedimentale l’applicazione di tale principio nella disciplina dell’accertamento delle imposte<sup>62</sup>.

Prendiamo le mosse dall’art. 6-bis l. n. 212/2000 introdotto con il d.lgs. n. 219/2023<sup>63</sup>.

La nuova disposizione normativa sembrerebbe positivizzare il principio del contraddittorio generalizzato in materia tributaria. In particolare, prevedendo un contraddittorio «*informato ed effettivo*» prima dell’emissione di «*tutti gli atti autonomamente impugnabili dinanzi agli organi della giurisdizione tributaria*».

L’obbligo è previsto “*a pena di annullabilità*”, giusta, si ritiene, la nuova disciplina delle invalidità tributarie che ha introdotto per la prima volta nel diritto tributario una chiara distinzione tra i vizi di nullità, annullabilità e irregolarità,

<sup>61</sup> Il punto è chiarito da MELIS, *Delega fiscale: sul contraddittorio una svolta di portata storica*, in *Ipsa Quotidiano*, 23 ottobre 2023, il quale afferma che «Si tratta del recepimento della brillante soluzione fornita dalla giurisprudenza di legittimità alla questione se l’accezione “sostanziale” del contraddittorio ai fini dei tributi armonizzati dovesse trovare applicazione anche nelle ipotesi di cui al menzionato art. 12, comma 7 (accessi, ispezioni e verifiche) (Cass., n. 1007/2017, n. 701/2019), in cui la Corte ha affermato che se il legislatore nazionale non può assicurare un minor grado di tutela ai diritti riconosciuti ai contribuenti in forza dei principi generali del diritto dell’Unione, ciò non esclude che lo assicuri in misura maggiore; ed inoltre, facendo salve le “ragioni di urgenza” – che dovranno essere conservate nel nuovo contraddittorio – viene evitato il rischio che siano compromessi gli effetti della normativa unionale in tema di riscossione dell’IVA nel caso di fondato pericolo per la riscossione».

<sup>62</sup> Cfr. SALVINI, *Il contraddittorio procedimentale*, in A. GIOVANNINI (a cura di), *La riforma fiscale. I diritti e i procedimenti*, II, Pisa, 2024, 17. Per un primo commento all’art. 6-bis dello Statuto dei diritti del contribuente, cfr. G. MELIS, *Una visione d’insieme delle modifiche allo Statuto dei diritti del contribuente: i principi del procedimento tributario*, in *ilfisco*, n. 3/2024, 221 ss.

<sup>63</sup> Per un ampio commento alla riforma, cfr. la *Circolare Assonime* n. 18 del 30 settembre 2024, 11-28.

facendone discendere precise conseguenze processuali. Il motivo di annullabilità dev'essere perciò dedotto, a pena di decadenza, con il ricorso introduttivo del giudizio dinanzi alla Corte di giustizia tributaria di primo grado e non è rilevabile d'ufficio.

Il secondo c. dell'art. 6-*bis* disciplina i casi di esclusione dal contraddittorio generalizzato, ossia:

- gli atti automatizzati, sostanzialmente automatizzati, di pronta liquidazione e di controllo formale delle dichiarazioni individuati con decreto del Ministro dell'Economia e delle Finanze;
- i casi motivati di fondato pericolo per la riscossione, esclusione fortemente criticata da una parte della dottrina<sup>64</sup>.

Ebbene, con il decreto del 24 aprile 2024, pubblicato in G.U. il 30 aprile 2024<sup>65</sup>, il MEF ha individuato quali sono gli atti esclusi dal contraddittorio<sup>66</sup>.

<sup>64</sup> Denuncia chiaramente l'“*errore concettuale*” di limitare il contraddittorio nel caso di fondato pericolo per la riscossione MARCHESELLI, *Bianco, rosso e verdone. Luci, ombre e mezzetinte a tre quarti della attuazione della riforma fiscale: contraddittorio, motivazione e onere della prova*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 14 aprile 2024, 3.

L'Autore sottolinea che «questa soluzione è del tutto illogica e, lasciatemelo dire, asina, visto che tutto nel processo serve ad accertare se l'imputato è colpevole, mentre chi ha scritto questa aberrante norma dà per scontato che l'imputato sia colpevole e che il processo e le sue garanzie siano un ostacolo alla ricerca della verità. [...] E, poi, sta il fatto che non è che, perché si ha fretta, si possano calpestare i diritti fondamentali. O il contraddittorio è fuffa, e allora non deve essere attuato mai, né se si ha fretta, né se si può andare comodi. Oppure è un diritto fondamentale e, allora, si deve rispettare sempre. Il legislatore delegato, per dirlo in un altro modo, è come quel vigile che seguisse la strampalata e sanguinaria regola che, nelle ore di punta, si possono inve stire i pedoni, anche se passano sulle strisce con il verde, perché abbiamo fretta. Questa disposizione è, per me, manifestamente, incostituzionale».

<sup>65</sup> Per un commento al decreto, cfr. BASILAVECCHIA, *Accertamento conforme alla capacità contributiva*, in *IlSole 24ore*, 16 maggio 2024; FERRANTE, *Il nuovo obbligo di contraddittorio: i tributi e gli atti interessati*, in *ilfisco*, n. 20/2024, 1843 ss.; ANTICO, *Contraddittorio preventivo: i rapporti tra controllo sostanziale e liquidazione della dichiarazione, ivi*, n. 21/2024, 1963 ss.

<sup>66</sup> In sintesi:

- *Atti automatizzati e sostanzialmente automatizzati*:
  - a) i ruoli e le cartelle di pagamento e ogni altro atto emesso dall'Agenzia delle entrate-Riscossione ai fini del recupero delle somme ad essa affidate;
  - b) gli accertamenti parziali e gli atti di recupero di cui all'art. 38-*bis* del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600, predisposti esclusivamente sulla base dell'incrocio di dati;
  - c) gli atti di intimazione autonomi nonché gli atti di intimazione emessi per decadenza dalla rateazione;
  - d) gli atti di accertamento per omesso, insufficiente o tardivo versamento di tasse automobilistiche erariali, addizionale erariale della tassa automobilistica, tasse sulle concessioni governative per l'impiego di apparecchiature terminali per il servizio radiomobile pubblico terrestre di comunicazione, imposta parametrata al numero di grammi di biossido di carbonio emessi per chilometro dai veicoli e irrogazione delle relative sanzioni;
  - e) gli accertamenti catastali per l'iscrizione e la cancellazione delle annotazioni di riserva alle intestazioni catastali;
  - f) gli avvisi di liquidazione per decadenza delle agevolazioni fiscali, ai fini delle imposte di registro, ipotecarie e catastali;

Venendo ai punti dolenti dell'intervento legislativo<sup>67</sup>, non si può tacere del fatto che gli atti esclusi dall'obbligo del contraddittorio sono molti e, tra essi, sono pure ricompresi gli atti (invero molto frequenti nella pratica) di accertamento parziale che, in base alla legge delega, sembrava non dovessero di certo essere sottratti alla disciplina<sup>68</sup>.

- 
- g) gli avvisi di liquidazione per recupero delle imposte di registro, ipotecarie e catastali a seguito di rettifica;
  - h) gli avvisi di pagamento per omesso, insufficiente o tardivo versamento dell'accisa o dell'imposta di consumo;
  - i) gli avvisi di pagamento per indebita compensazione di crediti di accisa ovvero per omesso, insufficiente o tardivo versamento di somme e di diritti dovuti alle prescritte scadenze.
- *Atti di pronta liquidazione:*
- a) le comunicazioni degli esiti del controllo di cui all'art. 36-bis del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600;
  - b) le comunicazioni degli esiti dei controlli di cui agli articoli 54-bis, 54-ter e 54-quater del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 633;
  - c) gli avvisi di liquidazione dell'imposta, nonché di irrogazione delle sanzioni, per i casi di omesso, insufficiente o tardivo versamento, omessa o tardiva registrazione degli atti e tardiva presentazione delle relative dichiarazioni, di imposta di registro, imposte ipotecaria e catastale e tasse ipotecarie, imposta sulle successioni e donazioni, imposta sui premi delle assicurazioni, imposta sostitutiva sui finanziamenti, imposta di bollo, tributi speciali;
  - d) gli inviti al pagamento del contributo unificato e irrogazione delle sanzioni per i casi di omesso, insufficiente o tardivo versamento.
- *Atti di controllo formale della dichiarazione:* le comunicazioni degli esiti del controllo formale di cui all'art. 36-ter del d.P.R. 29 settembre 1973, n. 600.

<sup>67</sup> Come sin da subito osservato da BASILAVECCHIA, *Il contraddittorio preventivo: un principio con il passo del gambero*, in *Rass. trib.*, 2024, 729, a distanza di poco più di un anno dalla legge delega n. 111/2023, «sembra di poter concludere nel senso che la riforma, per quanto attiene al contraddittorio, non mantiene le promesse e delude in sostanza le legittime aspirazioni degli operatori e degli studiosi. Ciò, soprattutto per effetto delle cautele già presenti nel decreto delegato, sviluppate oltre misura sino a diventare prevalenti nella normazione primaria e secondaria successiva».

<sup>68</sup> Sull'opportunità che gli accertamenti parziali non fossero esclusi dal diritto al contraddittorio, cfr. le acute osservazioni di VIOTTO, *Il contraddittorio endoprocedimentale nella legge delega per la riforma fiscale*, in *Riv. tel. dir. trib.*, 9 settembre 2023, 12, il quale afferma che «la delega evita di riferirsi espressamente agli accertamenti parziali [...] i quali – come anticipato – sono invece puntualmente esclusi dal diverso contesto dell'invito obbligatorio di cui all'art. 5-ter D.Lgs. n. 218/1997, e ciò potrebbe aprire uno spazio in sede di attuazione della delega per comprendere nell'ambito di applicazione del contraddittorio anticipato anche gli accertamenti parziali, circoscrivendo l'area delle "ulteriori forme di accertamento di carattere sostanzialmente automatizzato" a quelle fattispecie accertative nelle quali la ricostruzione dell'imponibile o dell'imposta non richiede alcuna valutazione di elementi probatori o alcuna particolare articolazione motivazionale [...]. Ciò eviterebbe i seri dubbi che, in punto di ragionevolezza, potrebbero essere sollevati in caso di esclusione degli accertamenti parziali, giacché, anche con riferimento ai tali accertamenti sussistono le medesime ragioni, legate alla tutela del diritto di difesa e del buon andamento dell'Amministrazione, che sono sottese al riconoscimento del contraddittorio anticipato come principio generale dell'ordinamento tributario, parte integrante dello Statuto del contribuente le cui disposizioni sono per giunta qualificate espressamente dall'art. 4 della legge delega come "criteri di interpretazione adeguatrice della legislazione tributaria"».

Il decreto, inoltre, fa salve le altre forme di contraddittorio, di interlocuzione preventiva e di partecipazione del contribuente al procedimento amministrativo, previste dall'ordinamento tributario.

Così strutturata, la disciplina del nuovo contraddittorio ha suscitato molti interrogativi, tra cui la sua applicabilità agli atti di recupero conseguenti al disconoscimento di crediti d'imposta e ai procedimenti di rimborso. Si è quindi dovuta emanare una norma di interpretazione autentica dei commi 1 e 2 dell'art. 6-*bis* contenuta nell'art. 7-*bis* del d.l. n. 39/2024 conv. con l. n. 67/2024, con la quale è stato chiarito che:

- il diritto al contraddittorio non si applica agli atti «*per i quali la normativa prevede specifiche forme di interlocuzione tra l'Amministrazione finanziaria e il contribuente né agli atti di recupero conseguenti al disconoscimento di crediti di imposta inesistenti*» ma, curiosamente, analoga previsione non è prevista per i crediti d'imposta “non spettanti”;

- «*tra gli atti per i quali non sussiste il diritto al contraddittorio da individuare con decreto del Ministro dell'economia e delle finanze rientrano altresì quelli di diniego di istanze di rimborso, in funzione anche del relativo valore*»<sup>69</sup>.

Resteranno quindi operative le forme di contraddittorio già previste nell'attuale sistema tributario con le loro discipline specifiche. Ciò rende alquanto difficile qualificare la previsione di cui all'articolo 6-*bis* alla stregua del tanto auspicato e atteso contraddittorio endoprocedimentale generalizzato in materia tributaria, posto che, oltre alle numerose esclusioni, esso convive con numerose altre previsioni normative *ad hoc*<sup>70</sup>.

Il d.l. n. 39/2024 ha, invece, risolto l'annosa questione relativa alla decorrenza del nuovo contraddittorio contenuto nell'art. 6-*bis*. Tale precisazione si è rivelata necessaria a causa della paradossale impossibilità dell'art. 6-*bis* di operare in assenza della precisazione degli atti esclusi dall'obbligo del contraddittorio, che è intervenuta con decreto del MEF solo tre mesi dopo la sua entrata in vigore (e precisamente, come abbiamo visto, il 30 aprile 2024).

È stato perciò stabilito che il nuovo art. 6-*bis* non si applichi agli atti emessi prima del 30 aprile 2024 e a quelli preceduti da un invito a comparire ai sensi del d.lgs. n. 218/1997 emesso prima di tale data.

Nei successivi commi 3 e 4 dell'art. 6-*bis* dello Statuto sono disciplinate le

---

<sup>69</sup> Come però mettono in luce DEOTTO - LOVECCHIO, *Contraddittorio preventivo, nuova stretta sull'obbligo*, in *IlSole24ore*, 14 maggio 2024, «Non è chiaro il significato esatto della disposizione: si intende escludere la totalità dei provvedimenti di diniego o solo quelli che sono al di sotto o al di sopra di una soglia quantitativa?».

<sup>70</sup> Cfr. GIOVANARDI, *Quel pasticciaccio brutto del contraddittorio preventivo*, in *Ipsos Quotidiano*, 25 maggio 2024. Tra le altre cose, l'Autore puntualmente osserva che «l'affermazione per via legislativa della coesistenza di diversi moduli procedurali non è sufficiente a garantire la semplificazione, dovendo il legislatore preoccuparsi anche del coordinamento tra gli stessi e, quindi, anche della ragionevolezza delle distinzioni derivanti dalla decisione di non uniformare modelli attuativi del prelievo sostanzialmente analoghi».

modalità con cui il principio del contraddittorio endoprocedimentale generalizzato viene attuato<sup>71</sup>.

Lo strumento che il legislatore ha individuato per consentire il contraddittorio con il contribuente è la comunicazione del c.d. “schema di atto” e l’assegnazione di un termine non inferiore a 60 giorni per permettere al contribuente «*eventuali controdeduzioni ovvero, su richiesta, per accedere ed estrarre copia degli atti del fascicolo*», nonché l’obbligo per l’Amministrazione finanziaria di motivare l’atto adottato all’esito del contraddittorio tenendo conto delle osservazioni del contribuente, anche con riferimento a quelle che l’Amministrazione ritiene di non accogliere (c.d. motivazione rafforzata). Queste disposizioni dovrebbero contribuire a dare corpo ai requisiti di “informazione” ed “effettività” del contraddittorio di cui al primo c. dell’art. 6-*bis* che, pertanto, sono integrati da:

- la comunicazione dello schema d’atto contenente i rilievi formulati dall’Ufficio;
- l’obbligo di instaurazione del contraddittorio a pena di annullabilità dell’atto impositivo;
- un congruo termine (pari almeno a 60 giorni) per l’esercizio del contraddittorio;
- l’obbligo di motivazione sulle osservazioni non accolte (c.d. motivazione rafforzata).

In realtà, però, la legge delega si riferiva ad una “proposta di accertamento” e non ad uno “schema di atto”<sup>72</sup>.

Così congegnato, il contraddittorio va a collocarsi in una fase già più avanzata dell’accertamento e non sembra servire effettivamente a permettere al contribuente di collaborare e contribuire “a monte” all’individuazione in termini obiettivi e aderenti alla legge del presupposto impositivo e, conseguentemente, dell’imposta dovuta<sup>73</sup>.

A dimostrazione di ciò, nella prassi si sta riscontrando l’emanazione di schemi d’atto che non sono altro che avvisi di accertamento già predisposti, eventualmente da “aggiustare” in base agli esiti del contraddittorio con il contribuente<sup>74</sup>.

---

<sup>71</sup> Per un commento alla disciplina del nuovo contraddittorio, oltre alla letteratura già citata, cfr. FERRANTI, *Obbligo di contraddittorio preventivo: modalità di instaurazione e ambito temporale*, in *ilfisco*, n. 18/2024, 1659 ss.

<sup>72</sup> Cfr. SALVINI, *Il contraddittorio procedimentale*, in A. GIOVANNINI (a cura di), *La riforma fiscale*, cit., 23.

<sup>73</sup> Come rileva GIOVANARDI, *Diritto al contraddittorio anticipato o obbligo di contraddire anticipatamente? Un nodo da sciogliere nella riforma fiscale*, in *Ipsa Quotidiano*, 9 dicembre 2023, «In forza delle scelte operate, il diritto al contraddittorio diventa funzionale in modo pressoché esclusivo al completamento dell’attività istruttoria, configurandosi come strumento teso a consentire all’ufficio finanziario di “calibrare il tiro”, evitando errori e manchevolezze di carattere motivazionale o probatorio in sede di emissione dell’atto impositivo».

<sup>74</sup> Peraltro, come ha lucidamente osservato MASTROIACOVO, *La Corte riconosce il diritto al contraddittorio preventivo del contribuente, ma per l’attuazione cede il passo al legislatore*, in *Giur. cost.*, 2023,

Anche in merito alla scelta del legislatore di utilizzare “ovvero” per congiungere la presentazione delle controdeduzioni e l’accesso su richiesta agli atti del fascicolo («*eventuali controdeduzioni ovvero, su richiesta, per accedere ed estrarre copia degli atti del fascicolo*») il dibattito in dottrina è ancora aperto<sup>75</sup>. Non è infatti chiaro se l’una escluda l’altra (presentare le controdeduzioni oppure richiedere l’accesso agli atti) oppure se il contribuente abbia diritto ad entrambe le attività.

Da un lato, infatti, è evidente la strumentalità dell’accesso agli atti per la presentazione delle controdeduzioni<sup>76</sup>. Dall’altro, la lettera della legge non pare lasciar spazio ad alternative; inoltre, la previsione del medesimo termine di 60 giorni e la mancanza di una disciplina della sospensione dello stesso per le controdeduzioni laddove sia richiesto l’accesso agli atti rende di fatto impossibile attuare contestualmente entrambe le attività nel termine assegnato.

Come è stato evidenziato da autorevole dottrina, il fatto che lo schema di atto sia funzionale principalmente all’adesione all’accertamento e non ad una vera e propria partecipazione collaborativa del contribuente alla determinazione dell’imposta dovuta è avvalorato dalla constatazione che la disciplina sulla partecipazione al contraddittorio non è contenuta nei testi di legge sull’accertamento delle imposte, bensì nel testo dedicato all’istituto dell’accertamento con adesione (d.lgs. n. 218/1997)<sup>77</sup>.

Infatti, con il d.lgs. n. 13/2024 si è deciso di introdurre la disciplina procedimentale del contraddittorio negli articoli 1, c. 2-*bis*, 5, 6 e 7, c. 1-*quater* del

in part. 614, considerata la profonda revisione della fase di attuazione dei tributi che si vuole attuare con la riforma fiscale «non più strutturata secondo lo schema, ormai consolidato, della fiscalità di massa» ma piuttosto «standardizzata e strutturata in modo tale da rendere solo residuali le attività di controllo e di accertamento da parte dell’amministrazione finanziaria [...] il contraddittorio, nella grande maggioranza dei casi, sarà trasformato in momento sì preventivo, ma non rispetto a un’attività di controllo o di accertamento, quanto addirittura rispetto alla stessa manifestazione del presupposto d’imposta».

<sup>75</sup> Sul punto, anche per i riferimenti bibliografici, cfr. di recente lo studio di CARAMIA, *Riflessioni sul diritto di accesso agli atti del procedimento tributario*, in *Riv. dir. trib.*, 2024, 789 ss.

<sup>76</sup> Sul punto, cfr. MELIS, *Il contraddittorio procedimentale nella riforma fiscale: un balzo in avanti verso il “giusto procedimento tributario”*, in *ilfisco*, n. 14/2023, in part. 1325, il quale osserva che «Anche la disposizione del disegno di legge delega relativa al diritto di accesso, nel momento in cui obbliga l’Amministrazione alla discovery di tutti i dati raccolti, si rivela, dunque, pienamente funzionale al corretto dispiegarsi del contraddittorio procedimentale».

<sup>77</sup> Cfr. SALVINI, *Il contraddittorio procedimentale*, in A. GIOVANNINI (a cura di), *La riforma fiscale*, cit., in part. 24, la quale osserva che «La scelta concretamente adottata dello “schema di atto” impositivo invece colloca decisamente le osservazioni del contribuente in una fase avanzata di decisione, apparendo esse funzionali principalmente alla adesione all’accertamento, come è fatto palese dalla circostanza che la partecipazione in contraddittorio trova la sua disciplina procedimentale non nei testi sull’accertamento delle imposte (d.p.r. n. 600/1973 e d.p.r. n. 633/1972, tra gli altri), bensì in quello appunto dedicato all’adesione (d.lgs. n. 218/1997). Si tratta di una scelta, vale la pena di sottolineare subito, anche in questo caso propria esclusivamente del legislatore delegato, perché l’art. 17 legge delega [...] non prevedeva affatto che il contraddittorio dovesse essere disciplinato in uno con l’adesione del contribuente, collocando anzi i relativi principi tra quelli relativi alla “revisione dell’attività di accertamento”».

d.lgs. n. 218/1997, i quali sono stati a tal fine modificati.

Si tratta di una scelta del legislatore delegato posto che l'art. 17 della legge delega n. 111/2023 non prevedeva che la disciplina dovesse confluire in quella dell'accertamento con adesione ma parlava soltanto di «*revisione dell'attività di accertamento*»<sup>78</sup>.

Alla luce di ciò, il legislatore ha stabilito che, oltre all'invito alla formulazione di osservazioni, lo schema d'atto debba contenere anche quello alla presentazione dell'istanza per la definizione dell'accertamento con adesione, «*in luogo delle osservazioni*». Le due facoltà sono perciò alternative<sup>79</sup>.

Dalla lettera della norma non pare essere escluso, invece, il diritto di accesso agli atti, che sarebbe utile poi ai fini della presentazione dell'istanza. Sennonché, l'istanza di accertamento con adesione può essere formulata entro 30 giorni dalla comunicazione dello schema d'atto, il che rende di fatto inconciliabili i due istituti.

L'istanza di accertamento con adesione può essere presentata anche dopo la notifica dell'avviso di accertamento o di rettifica ovvero dell'atto di recupero che sia stato preceduto dalla comunicazione dello schema d'atto – e che dovrà contenere il relativo invito alla presentazione – ma stavolta il termine è di soli 15 giorni dalla comunicazione dell'atto e potrà essere presentata solo se il contribuente non si è avvalso di tale facoltà nella fase dello schema d'atto. In questo caso, il termine per l'impugnazione innanzi alla Corte di giustizia tributaria è sospeso per un periodo di soli 30 giorni.

Non sembra affatto chiaro perché il legislatore abbia disposto una così breve sospensione dei termini per l'impugnazione, dando così al contribuente un tempo troppo ristretto per l'esercizio del proprio diritto al contraddittorio. Vero è che l'avviso è stato intanto preceduto dallo schema d'atto, con cui il contribuente è

---

<sup>78</sup> Cfr. GIOVANARDI, *Diritto al contraddittorio anticipato*, cit., il quale afferma che «Si è assistito quindi a una precisa scelta di campo, quella di collegare il diritto generalizzato al contraddittorio preaccertativo al procedimento di accertamento con adesione, unica sede in cui potrà essere esercitato, di iniziativa del contribuente che abbia subito accessi, ispezioni e verifiche (rimane sostanzialmente inalterato l'art. 6, comma 1, D.lgs. n. 218/1997), o su invito obbligatorio dell'ufficio, sia per i controlli a tavolino, come già oggi accade in forza di quanto previsto dall'abrogando art. 5-ter del D.Lgs. n. 218/1997, sia per i provvedimenti che recepiscono gli esiti di accessi, ispezioni e verifiche».

<sup>79</sup> Come nota BASILAVECCHIA, *Il prezzo del diritto al contraddittorio*, in *IlSole24ore Modulo 24 Accertamento e Riscossione*, 12 febbraio 2024, «Prevedibilmente [...] per il contribuente sarà più spesso preferibile optare (se non per l'inerzia) per le osservazioni, che sono meno impegnative, lasciano una pur limitata chance di adesione dopo la notifica dell'atto finale, e soprattutto possono convertirsi in adesione senza compromettere i comportamenti successivi, come invece avviene presentando l'istanza. Per rovesciare questa previsione, e rendere in generale più appetibile l'istanza di adesione, occorrerà un comportamento degli uffici che, più di quanto accade attualmente, sia propenso a chiudere in via consensuale il procedimento di accertamento. Se questo non accadrà, e i contribuenti saranno indotti a non partecipare in alcun modo o a limitarsi ad osservazioni, è prevedibile che, causa anche la scomparsa della mediazione, i ruoli delle Corti di giustizia tributaria tornino ad ingolfarsi».

stato informato della pretesa dell'ufficio, ma ciò non giustifica il poco tempo a disposizione per contraddire con l'Amministrazione, a maggior ragione se allo schema d'atto erano state formulate osservazioni che poi non sono state accolte o sono state accolte solo in parte dall'ufficio nell'avviso.

La spiegazione di ciò pare rinvenirsi nel nuovo c. 1-*quater* dell'art. 7 d.lgs. n. 218/1997 secondo il quale l'ufficio «*non è tenuto a prendere in considerazione elementi di fatto diversi da quelli dedotti con le eventuali osservazioni presentate dal contribuente (...) e comunque da quelli che costituiscono l'oggetto dell'avviso di accertamento o rettifica ovvero dell'atto di recupero*».

In altre parole, l'adesione all'avviso di accertamento preceduto dallo schema di atto sembrerebbe vincolata alle osservazioni presentate in sede di schema di atto, senza che il contribuente possa aggiungere alcunché. Il che ci sembra un importante limite al diritto al contraddittorio, se si considera che l'Ufficio avrebbe già dovuto tenere in considerazione le osservazioni allo schema di atto nel momento in cui ha predisposto l'avviso di accertamento.

Resta tutto invariato invece per il caso di avvisi di accertamento o di rettifica, ovvero atti di recupero, per i quali non si applica il contraddittorio preventivo. Per questi, infatti, l'istanza di accertamento con adesione può essere presentata entro il termine per la presentazione del ricorso e comporta la sospensione del termine per impugnare per un periodo di 90 giorni.

Come è stato lucidamente segnalato, manca qualsiasi riferimento all'accoglimento delle osservazioni del contribuente con conseguente archiviazione dello schema di atto ovvero al possibile ridimensionamento della pretesa formalizzata nello schema di atto al di fuori del procedimento di adesione, a fronte, cioè, delle sole osservazioni<sup>80</sup>.

Infine, è interessante notare che il nuovo art. 1, c. 3-*bis* dello Statuto prevede che tutte le disposizioni ivi contenute valgano tanto per le amministrazioni statali quanto per le Regioni e per gli enti locali. Conseguentemente, tutto quanto disposto in materia di contraddittorio deve ritenersi applicabile anche all'attività di accertamento svolta dagli enti territoriali minori<sup>81</sup>.

Provando a tirare le prime somme, se la riforma fiscale si poneva l'obiettivo di uniformare, semplificare e garantire in forma generalizzata il diritto al contraddittorio nella fase procedimentale amministrativa, non sembra che l'obiettivo prefissato sia stato raggiunto<sup>82</sup>.

---

<sup>80</sup> Cfr. SALVINI, *Il contraddittorio procedimentale*, in A. GIOVANNINI (a cura di), *La riforma fiscale*, cit., in part. 25.

<sup>81</sup> Sul punto, cfr. ANTICO, *Il contraddittorio preventivo facoltativo nell'ambito dei tributi locali e la proroga dei termini di decadenza*, in *ilfisco*, n. 19/2024, in part. 1769, secondo cui «l'art. 6-bis, della Legge n. 212/2000, va considerato per gli enti locali disposizione di principio generale, che dovrà essere recepita negli atti normativi locali, mediante uno specifico regolamento».

<sup>82</sup> In tal senso, LOVECCHIO, *Contraddittorio preventivo "unico", con la riforma un panorama ancora molto frastagliato*, in *ilSole24 ore Modulo 24 Accertamento e Riscossione*, 11 marzo 2024.

## 6. Conclusioni

Il principio del “giusto procedimento”, di cui il diritto al contraddittorio è declinazione, risulta strettamente collegato alla tutela delle situazioni giuridiche soggettive del privato nei confronti del pubblico potere.

Secondo la chiave di lettura che collega il giusto procedimento all’esercizio del diritto di difesa, possono verificarsi dei casi, come spesso accade nella pratica, in cui la fase processuale non permette di rimediare alle lesioni verificatesi nella precedente fase procedimentale, oltre al fatto che sempre più il legislatore tende ad anticipare il momento della realizzazione delle entrate tributarie rispetto alla fase del compiuto accertamento della relativa obbligazione.

Ne deriva che, nella prospettiva dell’attuazione della norma tributaria, procedimento amministrativo tributario e processo tributario si pongono in un rapporto di contiguità, al punto che dovrebbe riconoscersi un diritto di difesa effettivo anche nella fase amministrativa, appunto ricorrendo gli stessi moduli procedimentali tipici del processo.

Ad oggi, pur non potendosi ancora affermare, nemmeno per mezzo dell’articolo 111 della Costituzione, l’esistenza, a livello costituzionale, del principio del giusto procedimento, può allora forse ipotizzarsi di ricorrere al detto articolo alla stregua di un canone interpretativo – il c.d. *due process of law* – in virtù del quale valutare la congruità e la coerenza dell’operazione di bilanciamento tra garanzia delle situazioni giuridiche soggettive e interesse fiscale.

Secondo il *due process of law*<sup>83</sup> nessuno può essere privato della vita, della libertà o della proprietà al di fuori di un giusto processo, nonché delle garanzie, anche in termini di contraddittorio, ad esso consustanziali.

Il canone del *due process of law* può dirsi espressione di principi e diritti costituzionalmente affermati (si pensi agli articoli 24, 113, 97 e 111 della Costituzione, anzitutto), venendo così ad assumere, quanto meno, la funzione di principio generale dell’ordinamento<sup>84</sup>.

Sembra allora che le asimmetrie tutt’ora caratterizzanti il rapporto tra Fisco e contribuente – in sede procedimentale e, conseguentemente, finanche in sede processuale – possano essere corrette tramite l’effettiva valorizzazione del contraddittorio endoprocedimentale, che, a sua volta, costituisce uno dei caratteri del “giusto procedimento” il cui fine ultimo, al pari di quello che dovrebbe orientare il “giusto processo”, altro non è che quello di pervenire alla attuazione della “giusta imposta”.

---

<sup>83</sup> Su cui, per approfondire, cfr. DELLA CANANEA, *Due Process of Law Beyond the State. Requirements of Administrative Procedure*, Oxford, 2016, dal quale si evince che l’esigenza del rispetto del *due process of law* risulta sentita non soltanto all’interno dei singoli ordinamenti che riconoscono la c.d. *rule of law* (lo Stato di diritto) ma anche in ulteriori contesti, sovranazionali, internazionali o globali.

<sup>84</sup> Sul *due process of law* quale principio generale dell’ordinamento, cfr. CORTESE, *Tutte le ragioni del “due process of law”*, in *lacostituzione.info*, 30 dicembre 2017.

Oltretutto, rappresentando il principio del giusto procedimento uno dei caratteri dello Stato di diritto, il medesimo non può in alcun modo essere trascurato, soprattutto quando il concreto agire del pubblico potere finisce per limitare, oltre misura, i diritti e/o le libertà del contribuente.

Il giusto procedimento si presta, infatti, a garantire continuità al principio di partecipazione democratica che, mentre nella fase della produzione legislativa trova il suo baricentro nel Parlamento e nella fase dell'attuazione della norma per via giurisdizionale trova il suo momento di verifica secondo le regole di partecipazione del singolo così come assicurate dal principio del giusto processo, nella fase dell'attuazione amministrativa della norma rispetto al caso concreto, a maggior ragione quando questa avviene all'esito di un procedimento a carattere autoritativo, per mezzo del preventivo contraddittorio con il contribuente concorrerebbe all'innalzamento del grado di civiltà dell'intero ordinamento (non solo tributario).

Già tempo addietro autorevole dottrina affermava che la partecipazione del privato riflette il grado di "civiltà" dei rapporti tra Fisco e contribuente<sup>85</sup>.

In conclusione, il giusto procedimento – ricostruito come il luogo maggiormente adeguato per il coordinamento di interessi, pubblici e privati, potenzialmente confliggenti<sup>86</sup> – rappresenta uno dei pilastri irrinunciabili dello Stato di diritto<sup>87</sup>.

Ne deriva che il riconoscimento del contraddittorio endoprocedimentale, quale carattere del *due process of law*, permetterebbe di riaffermare la centralità della *rule of law* e, perfino, di rimediare ad una sempre più allarmante crisi di rappresentanza politica tra governanti e governati.

Nel moderno Stato democratico ove, sempre più, si registra una crisi del meccanismo della rappresentanza parlamentare, qualora venisse "effettivamente" garantita la partecipazione in chiave difensiva del privato all'attività dell'Amministrazione<sup>88</sup>, il principio del giusto procedimento ben potrebbe allora ergersi a fondamentale presidio del principio democratico.

---

<sup>85</sup> FANTOZZI, *Diritto tributario*, IV ed., Torino, 2012, 543 ss.

<sup>86</sup> CORTESE, *Tutte le ragioni del "due process of law"*, cit.

<sup>87</sup> Per approfondire, cfr. CARTA, *Unione europea e tutela dello Stato di diritto negli Stati membri*, Bari, 2020, *passim*; ZAGREBELSKY, *L'Unione Europea e lo Stato di diritto. Fondamento, problemi, crisi*, in *Giustizia Insieme*, 28 maggio 2021; RUGGERI, *La crisi dello Stato di diritto in Europa e i suoi possibili, temibili sviluppi*, in *eublog.eu*, 21 luglio 2021.

<sup>88</sup> Sulla tematica, cfr. ampiamente CARLASSARE, *Amministrazione e potere politico*, Padova, 1974, 85 ss.; U. ALLEGRETTI, *Pubblica amministrazione ed ordinamento democratico*, in *Foro it.*, 1984, V, in part. 205; CHIRICO, *Premesse ad uno studio sui rapporti tra poteri autoritativi ed atti consensuali nella regolazione della azione amministrativa*, in *Pol. dir.*, 2004, in part. 474.



## **I POTENZIALI EFFETTI COLLATERALI DELL'INTELLIGENZA ARTIFICIALE SUGLI INVESTIMENTI ESG E LE IMPLICAZIONI PER IL TERZO SETTORE**

**Michele Patanè**

*Professore Associato di Economia degli intermediari finanziari  
Università degli Studi di Siena*

**Michele Anelli**

*Professore a Contratto di Economia degli intermediari finanziari  
Università degli Studi di Modena e Reggio Emilia*

*Il saggio esamina l'influenza del premio di liquidità (inteso come differenziale tra prezzo di acquisto e prezzo di vendita) sulla probabilità implicita di default (PD) derivante dai rendimenti azionari, focalizzandosi sull'impatto degli algoritmi di trading automatizzato (c.d. "algos") e delle strategie di intelligenza artificiale (AI) sulla microstruttura del mercato. In un contesto di mercato rialzista, gli algoritmi di trading automatizzati contribuiscono ulteriormente al rafforzamento di questa tendenza, con conseguente diminuzione dei rendimenti complessivi di tali strumenti finanziari e della percezione del rischio di insolvenza implicita. Un effetto collaterale di questa dinamica è l'incremento del premio di liquidità. Con l'acquisto concentrato da parte degli algoritmi, la domanda cresce mentre il numero di potenziali venditori rimane limitato. Di conseguenza, il mercato diventa meno liquido e strutturalmente più vulnerabile in caso di shock negativi (i.e., un flusso improvviso di notizie in grado di innescare vendite di massa). Il presente lavoro si propone di fornire una spiegazione economica delle cause dei default, analizzando le determinanti degli spread di rendimento e adattandosi alle nuove dinamiche di mercato, influenzate dall'uso di strumenti tecnologici avanzati e dalla crescente sensibilità degli investitori verso temi specifici e flussi di notizie. Si osserva, inoltre, come la concentrazione azionaria, in particolare per i titoli legati ai criteri ESG, aumenti inevitabilmente il premio di liquidità, generando inefficienze e un falso senso di sicurezza, che spinge gli investitori ad aumentare l'esposizione dei portafogli finanziari. Infine, si discutono le implicazioni di queste dinamiche per il terzo settore, mettendo in evidenza sia le sfide che le opportunità.*

*The essay examines the influence of the liquidity premium (understood as the spread between the bid and ask prices) on the implied probability of default (PD) derived from equity returns, focusing on the impact of automated trading algorithms (so-called "algos") and artificial intelligence (AI) strategies on market microstructure. In a bullish market environment, automated trading algorithms further reinforce this trend, resulting in an overall decrease in the returns of these financial instruments and a reduced perception of implied default risk. A side effect of this dynamic is an increase in the liquidity premium. With concentrated buying by algorithms, demand rises while the number of potential sellers remains limited. Consequently, the market becomes less liquid and structurally more vulnerable to negative shocks (i.e., a sudden flow of news capable of triggering mass selloffs). This paper aims to provide an economic explanation for the causes of defaults by analysing the determinants of yield spreads and adapting to new market dynamics influenced using advanced technological tools and the growing sensitivity of investors to specific themes and news flows. Moreover, it is observed that equity concentration, particularly in stocks related to ESG criteria, inevitably increases the liquidity premium, generating inefficiencies and a false sense of security that drives investors to increase portfolio exposure. Finally, the implications of these dynamics for the Third Sector are discussed, highlighting both the challenges and opportunities.*

**Sommario:**

1. Introduzione
2. Descrizione sintetica del modello
  - 2.1. Il premio di liquidità e il rischio di concentrazione
  - 2.2. L'impatto sul terzo settore
  - 2.3. Il ruolo del terzo settore
3. Conclusioni

## 1. Introduzione

Negli ultimi decenni, con lo sviluppo dei mercati finanziari internazionali e l'introduzione di strumenti tecnologici avanzati, i modelli di *asset pricing* sono stati perfezionati per identificare le variabili più rilevanti del processo di determinazione dei prezzi (attraverso l'utilizzo di prezzi di mercato in tempo reale). Un'ipotesi convenzionale e comunemente accettata nel mondo finanziario è l'ipotesi di mercato efficiente o *EMH*<sup>1</sup>. Un mercato dei capitali è "efficiente" se riflette pienamente e correttamente tutte le informazioni rilevanti nel determinare i prezzi dei titoli<sup>2</sup>. In altre parole, si presume che i prezzi di mercato siano prezzi equi. Se accettiamo l'*EMH*, è logico utilizzare i prezzi di mercato dei titoli come *input* per stimare altre variabili di mercato e, in particolare, la probabilità di *default* implicita. Questa metodologia è anche conosciuta come approccio del mercato dei capitali<sup>3</sup>.

Uno dei principali esempi è il modello degli *spread* delle obbligazioni societarie. Si tratta di un modello di rischio di credito in forma ridotta<sup>4</sup>, che utilizza i rendimenti delle obbligazioni per derivare la probabilità di *default* dell'emittente. In teoria, gli *spread* delle obbligazioni societarie, definiti come la differenza tra i rendimenti delle obbligazioni societarie e governative con scadenze simili, dovrebbero prezzare le aspettative di *default* sull'intera scadenza dell'obbligazione<sup>5</sup>. Pertanto, i dati di *input* del modello sono, rispettivamente, la struttura a termine degli *spread* di rendimento e il tasso di recupero previsto in caso di *default* delle obbligazioni societarie.

Il nostro primo obiettivo è sfruttare il modello degli *spread* delle obbligazioni societarie per stimare le probabilità di *default* implicite nei prezzi azionari. Diversi studi mostrano, infatti, che è possibile inferire la probabilità di *default* dell'azienda implicita nei rendimenti azionari<sup>6</sup>. La letteratura accademica è piuttosto ampia su questo argomento. Tuttavia, questo studio suggerisce un approccio innovativo, pratico e lineare nel processo di decomposizione dello *spread* per stimare la probabilità di *default* implicita nei rendimenti azionari isolando il premio di liquidità. Questo ci porta al nostro secondo e ultimo obiettivo.

---

<sup>1</sup> FAMA, *Efficient Capital Markets: A Review of Theory and Empirical Work*, in 25 *J. Finance*, 1970, 383 ss.

<sup>2</sup> MALKIEL, *Efficient Market Hypothesis*, Londra, 1989.

<sup>3</sup> RESTI - SIRONI, *Rischio e Valore Nelle Banche: Misura, regolamentazione, gestione*, Milano, 2021.

<sup>4</sup> LITTMAN - IBEN, *Corporate Bond Valuation and the Term Structure of Credit Spreads*, in 17 *J. Portf. Manag.*, 1991, 52 ss.; JARROW - TURNBULL, *Pricing Derivatives on Financial Securities Subject to Credit Risk*, in 50 *J. Finance*, 1995, 53 ss.; DUFFIE - SINGLETON, *A Model of Term Structure of Interest Rate Swap Yields*, in 52 *J. Finance*, 1997, 1287 ss.

<sup>5</sup> EUROPEAN CENTRAL BANK, *Financial Stability Review*, June 2005, disponibile all'indirizzo [www.ecb.europa.eu/pub/pdf/jsr/financialstabilityreview200506en.pdf](http://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/jsr/financialstabilityreview200506en.pdf).

<sup>6</sup> JANOSI - JARROW - YILDIRIM, *Estimating Default Probabilities Implicit in Equity Prices*, in GIFFORD FONG (ed.), *The Credit Market Handbook*, Hoboken, NJ, 2012, 1 ss.

Data l'evoluzione delle strategie di *trading* e il nuovo modo di operare dei partecipanti al mercato, consideriamo il ruolo svolto dagli algoritmi (c.d. “*algos*”) e dalle strategie di *trading* basate sull'intelligenza artificiale (*AI*) nell'influenzare la liquidità del mercato (cioè, il premio di liquidità) e, di conseguenza, la probabilità di *default* implicita.

In un contesto di mercato rialzista, caratterizzato da quotazioni in crescita, gli algoritmi di *trading* automatizzati contribuiscono ulteriormente al rafforzamento di questa tendenza. Tuttavia, l'aumento dei prezzi comporta una diminuzione dei rendimenti complessivi di questi strumenti finanziari. Man mano che i prezzi si distaccano dal valore fondamentale delle azioni, la percezione del rischio di *default* (ossia la probabilità implicita di insolvenza) diminuisce, alimentando un “*bias di conferma*”<sup>7</sup> negli investitori riguardo alla maggiore sicurezza di questi strumenti. Tuttavia, un effetto collaterale di questa dinamica è l'incremento del premio di liquidità. Questo fenomeno si verifica perché, con l'acquisto concentrato da parte degli algoritmi, la domanda cresce mentre il numero di potenziali venditori rimane limitato. Di conseguenza, il mercato diventa meno liquido e strutturalmente più vulnerabile<sup>8</sup>. In caso di *shock* negativi, come un flusso improvviso di notizie in grado di innescare vendite di massa, la scarsità di liquidità può aumentare drasticamente la probabilità di insolvenza implicita. Pertanto, una valutazione corretta del rischio complessivo richiede un'analisi approfondita del premio di liquidità, in quanto questo influisce significativamente sulla stabilità del mercato.

Questa impostazione consente di raggiungere due obiettivi: in primo luogo, fornisce una spiegazione economica del verificarsi di *default*, isolando le determinanti degli spread di rendimento; in secondo luogo, si adatta alle mutate dinamiche di mercato a causa di nuovi e potenti strumenti tecnologici e della maggiore sensibilità degli investitori a temi di mercato specifici, nonché ai flussi di notizie. Viene mostrato, come la concentrazione azionaria (ad esempio, titoli sensibili ai criteri ESG)<sup>9</sup> influenza il loro premio di liquidità (*i.e.*, la volatilità), creando inefficienze e un falso senso di sicurezza nel continuare ad aumentare l'esposizione di portafoglio. Il rischio di bolle speculative e il loro scoppio inverte il precedente processo di crescita del premio di liquidità delle azioni e comincia a influire negativamente sul premio di credito. Se ciò è vero, lo stesso effetto si manifesta in modo ancora più evidente, sotto forma di un “effetto moltiplicatore”, per i titoli al centro della narrativa di mercato. Inoltre, maggiore è l'attività di

---

<sup>7</sup> Cfr. ANELLI - PATANÈ, *The “Perpetually” Efficient Stock Market Nonsense: The Gaslighting Effects*, in 12(2) *JFLA*, 2023, 1 ss.

<sup>8</sup> YAGI - MASUDA - MIZUTA, *Analysis of the Impact of High-Frequency Trading on Artificial Market Liquidity*, in 7(9) *IEEE Trans. Comput. Soc. Syst.*, 2020, 1324 ss.

<sup>9</sup> LUO, *ESG, Liquidity, and Stock Returns*, in 78 *J. Int. Financ. Mark. I.*, 2022.

*trading* di *algos* e *AI*, maggiore è l'impatto dei flussi di notizie sui prezzi (e i rendimenti) delle azioni, ovvero il cosiddetto "rischio notizia" (*headline risk*)<sup>10</sup>.

La potenziale persistenza di un ciclo di *feedback* negativo potrebbe, di conseguenza, avere un impatto significativo sui fondamentali delle aziende, alterando i loro parametri economici e finanziari. Concludiamo che l'iperconcentrazione di ricchezza in pochi investimenti (ad esempio, investimenti ESG), a discapito di un maggior numero di titoli, potrebbe indurre un "effetto *boomerang*", preparando il terreno per un'ulteriore esplosione della volatilità del mercato a causa della maggiore esposizione al rischio "notizia".

Il terzo settore, spesso legato a finanziamenti e investimenti con finalità sociali e ambientali, si trova in una posizione di particolare vulnerabilità rispetto alle dinamiche descritte nel modello. Le organizzazioni che dipendono da finanziamenti legati a *performance* ESG potrebbero subire le conseguenze negative di una maggiore volatilità e di una liquidità ridotta dei titoli ESG. La difficoltà nel valutare accuratamente il rischio di *default* e la potenziale amplificazione della volatilità dovuta all'effetto moltiplicatore, potrebbero rendere più difficile, per queste organizzazioni, l'accesso ai capitali e la pianificazione finanziaria a lungo termine.

Tuttavia, le stesse dinamiche che creano rischi possono anche generare opportunità. Una maggiore consapevolezza dei rischi legati agli investimenti ESG e all'influenza dell'*AI* potrebbe spingere il terzo settore a sviluppare strategie di gestione del rischio più sofisticate. La capacità di comprendere e anticipare le fluttuazioni del mercato, di diversificare le fonti di finanziamento e di comunicare in modo efficace il valore sociale e ambientale delle proprie attività, potrebbe rappresentare un vantaggio competitivo in un contesto di mercato in rapida evoluzione. Inoltre, la crescente attenzione alla trasparenza e alla misurabilità dell'impatto sociale e ambientale, spinta anche dall'*AI*, potrebbe favorire le organizzazioni del terzo settore che sono in grado di dimostrare un valore aggiunto concreto per la comunità.

## 2. Descrizione sintetica del modello

Il modello proposto si concentra sull'analisi del premio di liquidità nei mercati azionari, con un'enfasi particolare sull'impatto dell'Intelligenza Artificiale (*AI*) e degli algoritmi di *trading* (*algos*), nonché sulle conseguenze per gli investimenti ESG. Il modello si basa sull'ipotesi che la concentrazione di investimenti in specifici settori, come quelli legati ai criteri ESG, possa portare a un effetto moltiplicatore sulla volatilità dei titoli, creando un falso senso di sicurezza negli investitori.

---

<sup>10</sup> PIERPOINT, *Headline Risk: Forging A Crisis Communication Keystone*, in 32(1) *J. Contingencies Crisis Manag.*, 2024, 1 ss.

Di seguito, sono brevemente riportate le componenti chiave del modello.

1. Premio di liquidità: il modello mira a isolare il premio di liquidità dai rendimenti azionari, considerandolo una componente fondamentale degli spread di rendimento. Il premio di liquidità è influenzato da fattori quali il volume di scambio, la percentuale di investitori attivi e passivi e la presenza di *trading* algoritmico e *AI*.

2. Rischio notizia (*headline risk*): l'aumento dell'attività di *trading* algoritmico e *AI* amplifica l'impatto dei flussi di notizie (*headline risk*) sui prezzi e sui rendimenti azionari. La velocità con cui gli algoritmi reagiscono alle notizie può influenzare notevolmente la volatilità del mercato.

3. Effetto moltiplicatore: la concentrazione degli investimenti in titoli ESG amplifica ulteriormente l'impatto delle variazioni del premio di liquidità, aumentando la volatilità di tali titoli. Questo effetto moltiplicatore è legato alla proporzione di investitori sensibili ai criteri ESG.

Il modello si pone come obiettivo principale di evidenziare come l'interazione tra *AI*, *trading* algoritmico e investimenti ESG, possa generare un'illusione di sicurezza nei mercati finanziari, amplificando la volatilità e creando potenziali rischi per gli investitori, incluso il terzo settore. Tuttavia, una maggiore comprensione di queste dinamiche, potrebbe offrire nuove opportunità per le organizzazioni che sapranno adattarsi e sviluppare strategie appropriate.

### 2.1. Il premio di liquidità e il rischio di concentrazione

Il punto di partenza della nostra analisi è il concetto di “premio di liquidità”, ovvero la compensazione richiesta dagli investitori per detenere attività meno liquide. In un mercato finanziario sempre più automatizzato e guidato dall'*AI*, il premio di liquidità può essere influenzato da fattori inediti, come la velocità di reazione ai flussi di notizie e la concentrazione degli investimenti in determinati settori o *asset class* (ad esempio, quelli legati ai criteri ESG). La crescente attenzione degli investitori verso i fattori ESG è motivata, tra l'altro, anche dalla possibilità di ottenere una sovra *performance* rispetto agli investimenti tradizionali. Diversi lavori, infatti, analizzano l'impatto dell'integrazione dei fattori ESG sui parametri di rischio e rendimento dei portafogli di investimento, fornendo evidenze empiriche sul *trade-off* tra approcci di investimento tradizionali e sostenibili<sup>11</sup>. I risultati indicano che, su orizzonti temporali di investimento più lunghi, i portafogli classificati come “sostenibili” tendono a sovraperformare rispetto ai portafogli tradizionali.

La concentrazione degli investimenti ESG può amplificare la volatilità dei prezzi e creare una falsa illusione di sicurezza. Gli investitori, attratti dalla

---

<sup>11</sup> Cfr. PATANÈ - CECCHERINI - ANELLI - D'IMPERIO, *Integrazione Esg e vincoli regolamentari: analisi di impatto sulla gestione di portafogli*, in *Bancaria*, 2024, n. 1, 47 ss.; *Stili di investimento tradizionali ed Esg: confronto empirico in termini di rischio/rendimento*, *ivi*, 2022, n. 3, 71 ss.

narrativa di mercato e dai potenziali extra rendimenti, possono aumentare l'esposizione al rischio senza essere pienamente consapevoli dei rischi sottostanti. L'*AI*, con la sua capacità di elaborare grandi quantità di dati e reagire rapidamente ai cambiamenti del mercato, può esacerbare questo fenomeno, generando bolle speculative e amplificando le correzioni di mercato.

Il rischio di concentrazione è particolarmente rilevante nel contesto degli investimenti ESG, dove un numero crescente di investitori è alla ricerca di opportunità che soddisfino i propri criteri di sostenibilità. Uno studio condotto da *Deloitte e The Fletcher School della Tufts University*<sup>12</sup> mostra che:

- l'83% degli investitori intervistati incorpora informazioni sulla sostenibilità nelle analisi fondamentali;
- il 79% dei rispondenti ha politiche di sostenibilità in atto.

Se assumiamo, per semplicità, che circa l'80% del totale degli investitori (sia umani che *algorithms/AI*) sia, per natura o politica d'investimento, sensibile ai criteri ESG, ciò significa che solo il restante 20% del totale degli investitori si concentra prevalentemente su titoli non legati ai criteri ESG. Questa domanda elevata può portare a un aumento dei prezzi degli *asset* ESG e ad un aumento del premio di liquidità, creando una falsa sensazione di sicurezza con conseguente incentivo all'incremento dell'esposizione in essere. Tuttavia, se il mercato dovesse subire una correzione, gli investitori potrebbero trovarsi di fronte a perdite significative, a causa della difficoltà di vendere *asset* illiquidi

## 2.2. L'impatto sul terzo settore

Le implicazioni per il terzo settore sono significative e si articolano su diversi livelli. In primo luogo, le organizzazioni *non profit* e le imprese sociali che dipendono da finanziamenti provenienti da investitori ESG, potrebbero trovarsi in difficoltà in caso di bruschi cambiamenti del mercato. La volatilità dei prezzi e la riduzione della liquidità potrebbero rendere più difficile, per queste organizzazioni, attrarre capitali e realizzare i loro obiettivi sociali e ambientali.

Inoltre, la crescente dipendenza dagli algoritmi e dall'*AI* potrebbe portare a una standardizzazione dei criteri ESG, privilegiando metriche facilmente misurabili a scapito di fattori qualitativi e di impatto sociale più profondi. Questo potrebbe penalizzare le organizzazioni che operano in contesti complessi e difficili da quantificare, limitando la diversità e l'innovazione nel terzo settore. Le organizzazioni che non sono in grado di adattarsi a queste nuove dinamiche, infatti, potrebbero trovarsi a competere per un numero ristretto di finanziamenti, con il rischio di essere escluse dal mercato degli investimenti ESG. Di

---

<sup>12</sup> DELOITTE - THE FLETCHER SCHOOL OF TUFTS UNIVERSITY, *Investor trust in Sustainability Data: An Opportunity for Corporate Leaders*, 2024, disponibile all'indirizzo [www.deloitte.com/global/en/issues/climate/earning-trust-with-investors-through-better-sustainability-data.html](http://www.deloitte.com/global/en/issues/climate/earning-trust-with-investors-through-better-sustainability-data.html).

conseguenza, ciò potrebbe compromettere la loro capacità di generare un impatto sociale positivo e di contribuire allo sviluppo sostenibile.

Un'ulteriore sfida per il terzo settore è rappresentata dalla necessità di comunicare in modo efficace il proprio impatto sociale agli investitori ESG. In un contesto in cui le decisioni di investimento sono sempre più guidate dall'*AI* e dagli algoritmi, le organizzazioni del terzo settore devono essere in grado di fornire dati e informazioni chiare e facilmente interpretabili. Tale attività richiede, tuttavia, un adeguato investimento nella capacità di raccolta e analisi dei dati, nonché nello sviluppo di nuove metodologie di reporting e comunicazione.

Infine, il Terzo settore deve essere consapevole del rischio di "*greenwashing*" e "*social-washing*", ovvero la pratica di alcune aziende di presentare informazioni false o fuorvianti sui propri risultati ambientali e sociali al fine di attrarre investitori sensibili ai criteri ESG. Le organizzazioni del terzo settore, pertanto, dovrebbero monitorare e denunciare tali pratiche, contribuendo a garantire che gli investimenti ESG siano effettivamente orientati alla generazione di un impatto sociale positivo

### 2.3. Il ruolo del terzo settore

Di fronte a queste sfide, il terzo settore può svolgere un ruolo cruciale nel promuovere un approccio più responsabile e consapevole agli investimenti ESG. Le organizzazioni non profit e le imprese sociali possono contribuire a sensibilizzare gli investitori sui rischi connessi all'*AI* e alla concentrazione degli investimenti, promuovendo al contempo un dialogo aperto sulla necessità di adottare criteri ESG più olistici e orientati all'impatto sociale.

Inoltre, il terzo settore può sperimentare nuove forme di collaborazione con il mondo finanziario, sviluppando strumenti e metodologie innovative per misurare e comunicare l'impatto sociale degli investimenti ESG. In questo modo, sarà possibile creare un ecosistema finanziario più inclusivo e sostenibile, in grado di generare valore non solo per gli investitori, ma anche per le comunità e l'ambiente.

Le organizzazioni del terzo settore possono anche svolgere un ruolo attivo nella definizione degli standard ESG, contribuendo a garantire che i criteri utilizzati per valutare la *performance* di sostenibilità delle aziende siano adeguati e riflettano l'importanza dei fattori qualitativi e di impatto sociale. È fondamentale che il terzo settore si adatti alle nuove dinamiche del mercato degli investimenti ESG, sviluppando le competenze e le strategie necessarie per affrontare le sfide emergenti. Solo in questo modo sarà possibile garantire che gli investimenti ESG continuino a generare un impatto sociale positivo e a contribuire alla costruzione di un futuro più sostenibile per tutti.

Un'ulteriore area in cui il terzo settore può svolgere un ruolo importante è quella della formazione e dell'educazione. Le organizzazioni non profit e le imprese sociali possono contribuire a sensibilizzare i cittadini e i consumatori sull'importanza degli investimenti sostenibili e sul loro potenziale impatto positivo sulla società. Possono anche offrire programmi di formazione per i professionisti

del settore finanziario, al fine di promuovere una maggiore comprensione dei criteri ESG e delle metodologie di valutazione dell'impatto sociale.

Infine, il terzo settore può svolgere un ruolo di *advocacy*, sollecitando i governi e le istituzioni internazionali ad adottare politiche e regolamenti che favoriscano gli investimenti ESG e promuovano la trasparenza e la responsabilità nel settore finanziario.

### 3. Conclusioni

L'indagine sviluppata evidenzia le complesse dinamiche che emergono dall'interazione tra l'intelligenza artificiale (*AI*), gli investimenti ambientali, sociali e di governance (ESG) e il terzo settore. L'analisi del premio di liquidità e del rischio di concentrazione rivela come l'*AI*, pur offrendo potenziali vantaggi in termini di efficienza e velocità nell'elaborazione dei dati, può innescare dinamiche di mercato che amplificano la volatilità e creano, per gli investitori ESG, errate percezioni di sicurezza.

In particolare, viene osservato che la concentrazione degli investimenti legati ai criteri ESG, favorita dall'*AI* e dagli algoritmi di *trading*, può determinare un aumento dei prezzi degli *asset* ESG e un incremento del premio di liquidità. Questa dinamica, se da un lato, attrae nuovi investitori, dall'altro, innalza il rischio di perdite significative nell'eventualità di correzioni di mercato, effetto pressoché inevitabile e comunque riconducibile alla difficoltà di smobilizzare *asset* illiquidi.

L'impatto di tali dinamiche sul terzo settore è significativo. Le organizzazioni *non profit* e le imprese sociali, che dipendono in larga misura da finanziamenti provenienti da investitori ESG, potrebbero trovarsi in difficoltà in caso di improvvise inversioni delle tendenze correnti dei mercati. La volatilità dei prezzi e la contrazione della liquidità potrebbero infatti rendere ulteriormente complesso, per le suddette organizzazioni, attrarre ulteriori capitali e, contemporaneamente, realizzare gli obiettivi sociali ed ambientali di riferimento.

Inoltre, la crescente dipendenza dagli algoritmi e dall'*AI* può condurre ad una standardizzazione dei criteri ESG. Ciò significa primaria attenzione verso parametri facilmente misurabili o approcci quantitativi, a discapito di logiche qualitative e di valutazione più accurata di impatto sociale. Questa tendenza potrebbe penalizzare le organizzazioni del terzo settore che operano in contesti complessi e difficili da quantificare, penalizzando di fatto, la diversità e l'innovazione nel settore.

Da un punto di vista teorico, l'analisi condotta in questo saggio suggerisce che l'interazione tra *AI*, investimenti ESG e terzo settore può essere interpretata alla luce della teoria dei mercati efficienti (*EMH*) e della teoria della finanza comportamentale. L'*EMH*, nella sua forma debole, prevede che i prezzi di mercato riflettano tutte le informazioni disponibili, incluse quelle relative ai criteri

ESG. Tuttavia, la presenza di distorsioni cognitive e di comportamenti irrazionali da parte degli investitori, evidenziata dalla finanza comportamentale, può portare a deviazioni dai prezzi di equilibrio e alla formazione di bolle speculative, soprattutto nel contesto degli investimenti ESG, dove l'emozione e la narrativa di mercato giocano un ruolo importante.

Inoltre, l'interazione tra *AI* e investimenti ESG solleva importanti questioni etiche e di governance. L'utilizzo di algoritmi e di *AI* nel processo decisionale di investimento può portare a una perdita di trasparenza e di controllo, con il rischio di amplificare le distorsioni cognitive esistenti e di escludere, dall'attività di analisi, considerazioni puramente qualitative e di impatto sociale.

In conclusione, l'*AI* rappresenta una sfida e un'opportunità per il terzo settore. Le organizzazioni che sapranno adattarsi a queste nuove dinamiche, sviluppando le competenze necessarie per interpretare i dati e comunicare in modo efficace il proprio impatto sociale, potranno beneficiare delle potenzialità dell'*AI* per migliorare la propria efficacia e attrarre nuovi finanziamenti. È tuttavia fondamentale che il terzo settore sia consapevole dei rischi connessi all'*AI* e della conseguente concentrazione degli investimenti. È auspicabile, tra l'altro, che il terzo settore si adoperi attivamente nella definizione di standard ESG più olistici e orientati all'impatto sociale. Allo stesso tempo, è appena il caso di osservarlo, e opportuno che sia promosso un dibattito pubblico informato sulle implicazioni etiche e sociali dell'*AI* nel settore finanziario.





**Ianus - Diritto e finanza**

Rivista semestrale di studi giuridici

N. 31 - giugno 2025

Editore - Università di Siena, Via Banchi di sotto, 55 - 53100 Siena

Direttore responsabile: Angelo Barba

<https://www.rivistaianus.it>

Registrazione Tribunale di Siena n. 3 del 7 marzo 2008

ISSN: 1974-9805