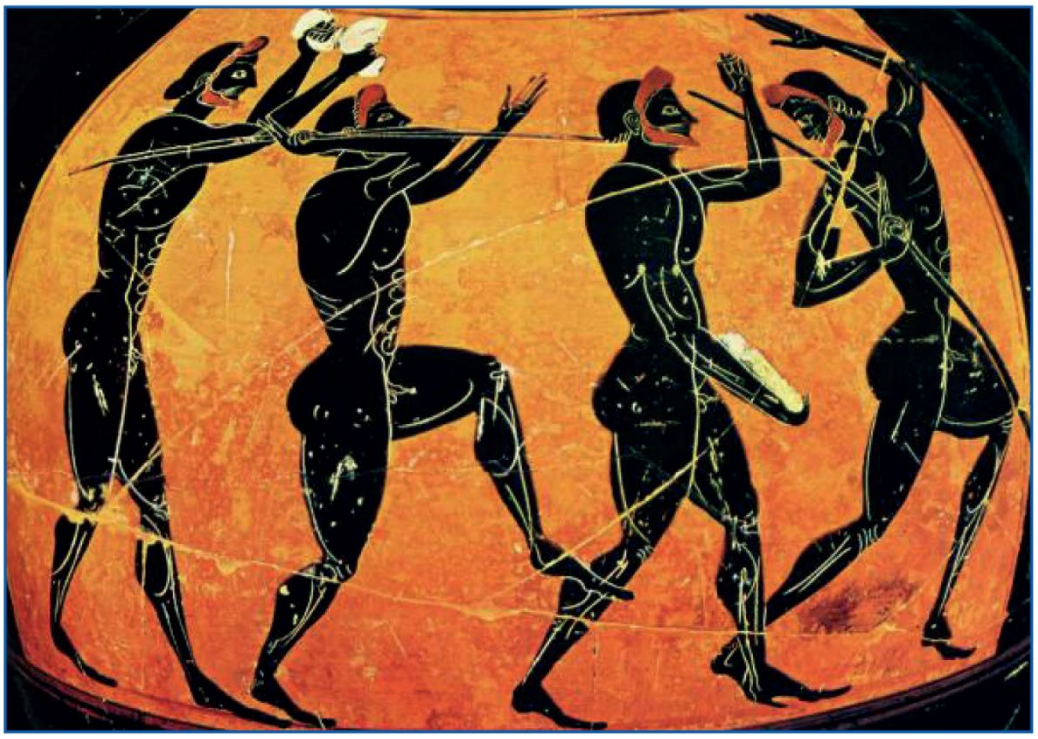
DIRITTO DELLO SPORT

Rivista di informazione e approfondimento sul diritto, l'organizzazione
e la gestione dello sport e delle attività motorie



Volume 6
Numero 1

2025

Bologna
University Press

DIRITTO DELLO SPORT

Rivista di informazione e approfondimento sul diritto, l'organizzazione
e la gestione dello sport e delle attività motorie

Volume 6 Numero 1 – 2025

Bologna
University Press

DIRITTO DELLO SPORT

Volume 6 Numero 1 – 2025

www.dirittodellosport.eu

COMITATO DI DIREZIONE – EDITORIAL BOARD

EDITOR-IN-CHIEF
Carlo Bottari
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

EDITORS
Giuseppe Cappiello
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
Andrea Carinci
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
Paco D'Onofrio
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
Massimiliano Iovino
Avvocato nel foro di Bologna
Federico Laus
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
Carlo Rasia
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
Silvia Renzetti
Università degli Studi di Bologna
Carlo Zoli
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna
Elena Zucconi Galli Fonseca
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

EDITORIAL MANAGER
Luca Zambelli
Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

SEGRETERIA DI REDAZIONE – EDITORIAL SECRETARIAT
Giovanni Maria Cavo, Tommaso Costantini, Francesco Olindo dal Maso, Luca Dimasi, Angelo Francini, Giulia Marchi, Silvia Marzot

COMITATO SCIENTIFICO – SCIENTIFIC COMMITTEE
Enrico Amati, Maurizio Benincasa, Francisco Miguel Bombillar Sáenz, Eloisa Carbonell Porras, Angelo Clarizia, Enrico de Giovanni, Luca Enriques, Leonardo Ferrara, Maddalena Filippi, Tommaso E. Frosini, Nuria Garrido Guenca, Mattia Grassani, Maria Laura Guardamagna, Frank Hendrickx, Alvio La Face, Roberta Lombardi, Cesare Mastrocola, Tommaso Mauceri, Luigi Melica, Luca Miranda, Carmen Nunez Lago, Eduardo Oteiza, Alessandro Pajno, Gabriella Palmieri Sandulli, Francesco Pegreffi, Leo Piccininni, Alberto Rigoni, Remedio Roqueta Buj, Laura Salvaneschi, Leonardo Sanchez Meza-Martinez, Piero Sandulli, Mario Sanino, Laura Santoro, Luigi Stortoni, Massimo Zaccheo, Virginia Zambrano

EDITORE

Bologna University Press
Via Saragozza 10, 40123 Bologna
tel. (+39) 051 232882
www.buponline.com

CC-BY 4.0

ISSN ONLINE 2785-1141
DOI: 10.30682/disp0601

SOMMARIO

AI e rilievo economico dei dati sportivi 1
Virginia Zambrano

La finanza di progetto per la realizzazione ed ammodernamento di impianti sportivi fra codice dei contratti pubblici e normativa speciale 21
Giacomo Santi

L'evoluzione normativa del chinesiologo: analisi giuridico-tecnica dei problemi e possibile soluzione degli stessi 52
Lorenzo Gasparini, Riccardo Danieli

COMMENTI

Preliminary Remarks on the *Seraing* Case, Pending Judgment 80
Elena Zucconi Galli Fonseca

ASD e demanio marittimo tra gara pubblica e co-amministrazione
Nota a TAR Puglia, sez. III, 1° luglio 2025, n. 906 85
Alceste Santuari

Diritto dello Sport (ISSN 2785-1141) Fondazione Bologna University Press
Vol. 6 n. 1 (2025) https://doi.org/10.30682/disp0601a

AI E RILIEVO ECONOMICO DEI DATI SPORTIVI

Virginia Zambrano

Professoressa ordinaria di Diritto privato presso l'Università degli Studi di Salerno

Abstract

La riflessione è volta ad evidenziare come l'integrazione dei dati e l'analisi basata sull'intelligenza artificiale (AI) siano diventate fondamentali nel mondo delle società sportive. Questi strumenti permettono di gestire grandi quantità di informazioni in modo rapido e obiettivo, senza l'influenza delle emozioni umane. Si tratta di un approccio cruciale per definire le strategie di business delle società sportive; migliorare il coinvolgimento dei tifosi (fan engagement); sviluppare modelli predittivi, che hanno un impatto su tutti gli operatori di scommesse sportive.

Parole chiave: Performance Data, Fan engagement, Machine Learning.

Abstract

The integration of data and AI-powered analytics has become a game-changer for sports organizations. By processing vast amounts of information quickly and without emotional bias, these tools are essential for strategic business decisions; drawing fans closer to the action; developing predictive models, influencing everything from team performance to the entire sports betting industry.

Keywords: Performance Data, Fan engagement, Machine Learning.

1. Moneyball strategy e rilievo economico dei dati sportivi

L'esatta individuazione delle variabili da considerare, in un mondo (quale quello dello sport) fatto di regole preimpostate e condotte prevedibili, si è sempre mostrata essenziale per definire i limiti e migliorare le prestazioni di un atleta e, non raramente, anche per predire i risultati di un incontro. Sia pur con lo sguardo rivolto alla sola prestazione fisica, non a caso già de Coubertin osservava come i vari "*report*" degli allenamenti fossero da considerarsi un vero e proprio "*condiment du perfectionnement musculaire*".

Tanto a sottolineare che dettagli, quali forza, tempi di reazione, velocità, altezza, resistenza allo stress, concentrazione etc., raccolti sia in fase *pre-competition*, che *in-competition* e, ovviamente, *post-competition* da sempre svolgono un ruolo essenziale alla costruzione della *performance* fisica e tattica di un atleta.[1] Nondimeno oggi la riflessione si fa più articolata.

[1] In proposito cfr., P. de Coubertin che osservava a proposito dell'importanza di raccogliere informazioni su allenamenti e prestazioni "*chacun se constitue un petit carnet de poche dans lequel voisineraient trois espèces de records : d'abord les records du monde que détiennent les grands champions et qu'il est bon de connaître (….)À côté de ces chiffres sensationnels, il s'agissait d'inscrire les 'records moyens' (…) pour chaque sport, 'le résultat auquel peut viser, selon son âge, la condition de sa santé et la fréquence de ses exercices, un homme de force moyenne'. Combien de temps courir? Quelle hauteur ou quelle longueur sauter? Quel poids soulever? Combien de minutes nager? Combien d'heures rester à cheval ou à bicyclette ? Combien de kilomètres franchir à pied? … (…) une troisième colonne. Là, vous inscrirez vos*

La rilevanza economica assunta dall'industria sportiva ha finito, infatti, con l'evidenziare l'importanza dei dati raccolti, non solo per la "misurazione" ed il miglioramento delle prestazioni atletiche, la prevenzione degli infortuni, l'attività di talent scouting, la definizione della "*game strategy*" e la previsione dei risultati[2] ma anche per una serie di risvolti, per dir così, esterni alla pratica sportiva in sé e per sé considerata e, piuttosto, legati allo sviluppo di un mercato costantemente alimentato dagli eventi sportivi e dalla loro capacità di catturare spettatori e *supporter.*[3]

Sorprende poco perciò se, anche prima che la tematica dei *Big Data* cominciasse ad affollare i dibattiti scientifici, l'applicazione di metodi matematici e statistici fosse tecnica ampiamente utilizzata per valutare le prestazioni di un atleta e, in prospettiva, promettere il successo di una squadra.

La vicenda degli Oakland Athletics è, in questo senso, significativo esempio della centralità assunta dal ricorso a strumenti di *sport analytics* nella valutazione dei giocatori e dell'effetto che essa è stata in grado di produrre sulle prestazioni della squadra. Nota come *Moneyball strategy,* espressione poi entrata nel lessico sportivo[4], la storia racconta dell'importanza di stabilire il valore di un giocatore (attraverso l'analisi delle sue *performance*), onde predirne anche il suo futuro valore economico. L'impiego di dati statistici, modelli matematici e algoritmi avanzati per analizzare le prestazioni di atleti e squadre, allo scopo di ottimizzare le strategie di gioco, migliorare le decisioni e, in ultima analisi, aumentare le probabilità di successo sottende l'esigenza di rendere "utili" un certo tipo di informazioni. Non sorprende, quindi che il Manchester City – forse memore degli insegnamenti della *Moneyball strategy* – a partire dalla stagione 2020/2021[5] abbia integrato lo staff con quattro astrofisici chiamati a coadiuvare i propri analisti nella lettura dei dati relativi alle prestazioni rese dagli atleti.

---

médiocres performances et les progrès relatifs que votre persévérance vous aura permis d'accomplir car on progresse musculairement à tout âge ou du moins très avant dans l'âge mûr, malgré que l'opinion inverse soit faussement répandue", P. De Coubertin *op. cit.*, pp. 44-45. Un esempio di come oggi si proceda alla raccolta di informazioni è offerto dal sistema *Catapult One* che, grazie ad uno speciale abbigliamento indossato dall'atleta è in grado di analizzare il sovrallenamento che causa infortuni ma anche – attraverso l'analisi di specifiche mappe di calore – elaborare un programma personalizzato.

[2] J. Mccullagh, *Data Mining in Sport: A Neural Network Approach. International Journal of Sports Science and Engineering*, 4(3), 2010, pp. 131-138; A.C. Sampedro, *The case of AI in sport: Some ethical concerns at play*, in *Diagoras: International Academic Journal on Olympic Studies*, 5, 2021, pp. 18-29. Sull'uso dell'AI e sul suo impatto ha il potenziale impatto nei diversi settori lavorativi collegati all'industria dello sport, E. Glebova et al., *Artificial intelligence development and disseinassion impact on the sport industry labor market*, in *Frontiers in Sport and Active living*, 2024, pp. 6 ss.

[3] Basti in tal senso guardare alle stime di cui al Rapporto Sport 2023 che mette in luce la rilevanza economica del comparto e la sua capacità di generare benefici sociali. Reperibile all'indirizzo https://www.aics.it/wp-content/uploads/2024/01/Rapporto-Sport_2023-ICS-SPORT-E-SALUTE.pdf.

[4] La vicenda ha ispirato l'omonimo libro di Michael Lewis ("*Moneyball*: *The Art of Winning an Unfair Game*") da cui nel 2011 è stato tratto anche un film. La storia racconta del manager di una squadra di baseball (gli Oakland Athletics) il quale, non avendo a disposizione un budget adeguato per l'acquisto di giocatori che avrebbero consentito agli Oakland Athletics di rimanere nella *Major League*, si rivolse ad un analista di Harvard. Questi, avvalendosi delle evidenze offerte dalla *sabermetrics*, mise insieme una sorta – così si dice nel film – di "isola dei giocattoli difettosi" la quale, tuttavia, consentì alla squadra di rimanere nei *play off* e di vincere addirittura 20 partite consecutive. L'analisi di una ingente mole di dati relativi a giocatori sottovalutati, permise di reclutarne altri a basso costo, assicurando la competitività di una squadra dotata di scarse risorse finanziarie.

[5] In tal senso, anche per lo scalpore mediatico, cfr., https://www.corriere.it/sport/21_marzo_23/manchester-city-guardiola-inserisce-4-astrofisici-staff-tecnico-migliorare-allenamenti-sognando-prevedere-partite-75d9abec-8be5-11eb-9ad8-bfb6dd742eb9.shtml. Ma è anche il caso del Liverpool che si è avvalso dei servizi di una società tedesca (Neuro11) per verificare il livello di concentrazione in partita dei propri giocatori ed elaborare quindi allenamenti personalizzati volti a migliorarne le prestazioni, https://neuro11.de/.

 doi.org/10.30682/disp0601a

Nondimeno il ricorso ad analisi statistiche non si libera di quella componente valutativa umana essenziale alla identificazione dei modelli che possono informare il processo decisionale, sia sotto il profilo più squisitamente sportivo che aziendale. L'applicazione – anche in ambito sportivo – di machine learning, NLP (*natural language processing*), computer vision, AI cambia il panorama di riferimento.

Pur partendo da un medesimo set di informazioni, la capacità della GenAI di operare un adattamento dinamico dei processi decisionali consente infatti di approdare – senza bisogno di regole di programmazione esplicite definite dall'uomo – al riconoscimento di modelli complessi. Come dire che entrambi i sistemi generano previsioni, ma l'IA lo fa in modo più autonomo e costantemente evolutivo.

Entrato nel flusso *business* delle società sportive, il processo di *data integration*[6], nutrendosi di grandi set di informazioni gestite senza consumo di tempo e al netto di componenti emozionali, si rivela essenziale nella definizione delle scelte aziendali di una società sportiva, nel processo di *fan engagement*, nella elaborazione di modelli predittivi con effetti in tutto l'ambito degli *Sports betting operators*. La stessa assunzione di decisioni più squisitamente tecniche quali, ad esempio, un cambio di regole o il miglioramento dell'efficienza operativa del mezzo/attrezzo utilizzato, ne esce influenzata.

Emblematico, dal punto di vista del cambiamento delle regole, il caso del Baseball, dove il ricorso alla piattaforma *Statcast* e al sistema *Hawk-Eye* offrendo informazioni su lancio, palle battute e giocatori ha indotto la MLB nel 2023 ad operare un cambiamento di regole, nella prospettiva di una velocizzazione del gioco e di una sua spettacolarizzazione.[7]

Laddove un esempio di utilizzo dell'AI in chiave di miglioramento tecnologico è offerto dai cambiamenti realizzatisi nelle competizioni, ad elevata complessità tecnologica, quali le gare di Formula 1 o di Gran Premio[8] dove la GenAI ha di fatto permesso di risolvere errate correlazioni tra galleria del vento, simulatore e pista, nonché di lavorare per il miglioramento della stessa vettura e la riduzione degli incidenti.[9]

Se, però, è chiaro che gli utilizzi dei sistemi di apprendimento automatico nello sport sono molto diversi tra loro e presentano validi risvolti nella vita quotidiana di atleti, allenatori e

[6] Si rinvia in proposito al Report di *Research and Market* 2022, "Mercato globale dell'analisi sportiva con analisi dell'impatto del COVID-19 per componente (soluzioni, servizi), applicazione, modalità di distribuzione, dimensioni dell'organizzazione, settore verticale e regione (APAC, Nord America, MEA, Europa, America Latina) – Previsioni fino al 2026", da cui emerge come la combinazione di flussi di dati in tempo reale (intelligenza artificiale, machine learning e analisi sportiva), plasmi i modelli aziendali esistenti, in cui gli sport sono visti sia come piattaforme commerciali che tecnologiche, https://www.researchandmarkets.com/reports/4904383/global-sports-analytics-market-with-covid-19#product--description.

[7] Cfr. *Official Baseball Rules* 2023 *Edition*, consultabile all'indirizzo https://img.mlbstatic.com/mlb-images/image/upload/mlb/wqn5ah4c3qtivwx3jatm.pdf; C. Soto Valero, *Predicting Win-Loss outcomes in MLB regular season games – A comparative study using data mining methods*, in *International Journal of Computer Science in Sport*, 15, 2, 2016, pp. 92 ss. L'analisi avanzata ha condotto all'introduzione di *pitch design*, *spin rate* e *pitch tunneling*. Si raccolgono in questo modo informazioni dettagliate funzionali al raggiungimento di determinati parametri. I lanciatori, seguendo queste metriche, alterano così la loro meccanica naturale per migliorare questi dati.

[8] Il ricorso all'AI serve qui a monitorare ed analizzare dati generati dalle macchine durante le dinamiche di gara, indirizzando strategie e scelte tecniche, cfr. https://dirittodellinformazione.it/il-ruolo-dellintelligenza-artificiale-in-formula-1/.

[9] All'AI è stato affidato, ad esempio, il compito di progettare il trofeo di Formula 1 del circuito di Montreal (giugno 2024). In contemporanea, Formula 1 e AWS hanno invitato i fan della Formula 1 a progettare il proprio trofeo servendosi della piattaforma *PartyRock F1 Generator* (https://partyrock.aws/u/partyrock/c10_VTBqM), per avere la possibilità di assistere ad un Gran Premio nel campionato mondiale di Formula Uno FIA del 2025.

arbitri, meno facile è sciogliere gli interrogativi posti dal loro utilizzo. Accanto a profili che investono la *privacy* e la gestione dei dati personali e, dunque, sullo sfondo delle problematiche legate a profili di trasparenza e *data protection*, la GenAI solleva infatti interrogativi legati 1) alla individuazione del soggetto che detenga i diritti sui dati di allenamento immessi, come le informazioni statistiche relative alle prestazioni degli atleti; 2) alla verifica circa il grado di originalità dei prodotti elaborati dalla stessa per essere protetti dal diritto d'autore; 3) alla gestione delle controversie sulla proprietà dei contenuti generati da una intelligenza artificiale. Interrogativi resi particolarmente significativi dal fatto che l'AI, confondendo i confini tra *input* e *output* dei dati, mette in crisi l'attuale impianto regolatorio.

Ed invero, considerato che i grandi modelli linguistici che alimentano i servizi di AI sono spesso addestrati su set di dati che potrebbero contenere materiale protetto da *copyright*, si comprende come l'inadeguatezza delle regole tradizionali si colga già a partire dall'attività di raccolta delle informazioni, specie se condotta attraverso attività di *scraping* dei siti web. Né tutti i dati posseggono il medesimo valore.

I dati che sono "volontariamente" resi pubblici perché banalmente raccolti assistendo alla trasmissione televisiva di un evento sportivo dove consueto è il riferimento del commentatore alla forza cinetica, ad esempio, impressa ad una pallina di tennis piuttosto che ai secondi in cui l'atleta ha corso 100 metri non solo sembrano possedere, per loro stessa natura, un basso valore economico, ma anche non sollevare particolari problemi di *privacy*. Incertezze e perplessità sorgono tuttavia copiose in presenza di sistemi di tracciamento automatizzato che, grazie a speciali telecamere a distanza, sono in grado di definire l'intensità di corsa di un giocatore durante la partita, con la conseguente possibilità di uno sfruttamento commerciale (non consentito) di dati relativi alle *performance* (e, perciò, personali) che, al momento, non trova soddisfazione alcuna in dinamiche risarcitorie.[10]

2. Uso non consentito dei dati sportivi e Project Red Card

Gli interrogativi e i dubbi appena richiamati non esauriscono – come si vedrà – il loro peso sul terreno dei dibattiti teorici.

Quantità, tipologia, velocità nella raccolta e circolazione dei dati sono aumentati in maniera esponenziale sollevando, con l'accelerazione del processo di digitalizzazione e il rapido sviluppo di una *tracking technology* deputata a monitorare l'attività sportiva questioni che – come si avvertiva – hanno a che vedere, per un verso, con la crescente *commodification* di questi dati[11] e, per l'altro, con la difficoltà di definire il valore economico da attribuire allo sfruttamento di informazioni (quali quelle sulle prestazioni degli atleti e sulla competizione) le quali, raccolte e affidate a società di elaborazione dati, sono poi anche "vendute" ad allibratori,

[10] Un esempio di dati raccolti senza coinvolgere l'atleta è l'utilizzo di un sistema di tracking computerizzato in grado di rilevare dati di performance di un giocatore durante la partita, cfr., S. Bradley et al., *Highintensity running in English FA Premier League soccer matches, Journal of Sports Sciences*, 27, 2, 2009, pp. 160 ss. disponibile all'indirizzo https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/02640410802512775?src=recsys/.

[11] S. Sica, V. D'Antonio, *La commodification dei dati personali nella driven society*, in P. *I poteri privati delle piattaforme e le nuove frontiere della privacy*, a cura di Stanzione, Torino, 2022, p. 129; C.A. Flanagan, et al., *Stats Entertainment: The Legal and Regulatory Issues Arising from the Data Analytics Movement in Association Football,* cit., pp. 4 ss.

scommettitori, sviluppatori di giochi, ecc. Il che, ovviamente, incide sulla tutela dei diritti di tutte le parti interessate.

Alle opportunità generate dalla gestione dei dati si sono andate così affiancando questioni legate alla individuazione del soggetto che detiene i diritti sui dati di allenamento e di prestazione dell'atleta, amplificate dal fatto che siffatte informazioni finiscono con l'essere utilizzate per una molteplicità di fini, non ultimo anche da terze parti, a scopo di intrattenimento (società di fantasy sport, gioco d'azzardo e videogiochi).[12] Ma v'è più, atteso che non tutti i dati raccolti posseggono il medesimo valore.

Una cosa sono infatti i dati raccolti in fase di allenamento (cd *Performance Data*), altra le informazioni che si ricavano assistendo ad una partita di calcio o di rugby (cd *Competition Data*). Nell'ambito poi dei *Performance Data*, una cosa sono i dati personali e altra quelli biometrici di natura comportamentale. Si tratta di informazioni, quelle relative alle prestazioni in allenamento o in competizione (ad esempio quanti minuti impiegati per correre 42 km o la forza impressa alla pallina in fase di battuta) e alle reazioni fisiche dell'atleta (battito e/o frequenza cardiaca, reazione allo stress, livello di glucosio nel sangue, e altri dati biometrici di carattere comportamentale, variamente acquisiti attraverso abbigliamenti speciali e *wearable devices*) le quali, di là dal loro carattere personale, posseggono un rilevante valore economico.

L'allenatore che individua il giocatore chiamato a scendere in campo lo fa perché – anche grazie a vari dispositivi che ne valutano la forma fisica, ne tracciano la frequenza cardiaca, le distanze medie percorse durante le partite, la cadenza degli infortuni etc. – ne ha valutato le caratteristiche e/o la resistenza agli sforzi. E, in tal senso, non v'è dubbio che, ad esempio, anche il portiere di una squadra di calcio studi i dati di *performance* del giocatore della squadra avversaria normalmente chiamato a calciare il rigore.[13] Si tratta di informazioni non soltanto funzionali al buon esito della competizione, ma che contribuiscono a definire il valore di mercato degli atleti e, dunque, ad incidere sulle loro stesse prospettive di carriera.[14] In breve, non tutte le informazioni sono riservate e una buona dose di quelle sulla prestazione, che pur coinvolgono dati personali e talvolta sensibili, acquistano un rilevante spessore economico. V'è dell'altro.

Alcune di queste informazioni quali, ad esempio, quanti minuti un giocatore è stato sul campo, il numero di falli commessi, le volte in cui è sceso a rete (nel calcio), quante mete ha segnato, o quanti *ace*, e così via, in quanto desumibili dal semplice fatto di assistere alla competizione, si presentano come assistite da una inevitabile "pubblicità". Nel baseball la raccolta di dati relativi al movimento di anca e spalla e alla conseguente attivazione delle catene

[12] J. Holden, *The Major Issues Behind Biometric Data and its Potential*, in *Legal Sports Betting*, 2019, https://www.legalsportsreport.com/32915/biometric-data-legal-sports-betting/; A. Garlewicz*, Athlete Biometric Data in Soccer: Athlete Protection or Athlete Exploitation*?, in *DePaul J. Sports Law 16(1),* 2020, pp. 21 ss.; B. Millington e R. Millington, *The Datafication of everything: Toward a sociology of sport and big data*, in *Sociol. Sport J.* 32(2), 2015, pp. 150 ss.

[13] R. Poli, R. Besson, L. Revenel, *Statistical Modelling of Football Players' Transfer Fees Worldwide*, in *Int. J. Financial Studies*, 12(3), 2024, pp. 93 ss. In quest'ottica si muove il CIES (*Centre International d'Etude du Sport)* che, effettuando analisi delle prestazioni di club e giocatori (tecniche, tattiche, fisiche), nonché di come valutazione scientifica dei valori di trasferimento contribuisce anche allo studio demografico e alla analisi del mercato del lavoro in ambito calcistico.

[14] A. Garlewicz*, Athlete Biometric Data in Soccer: Athlete Protection or Athlete Exploitation*?, cit., pp. 19 ss.

muscolari al momento dello *swing* (effettuata durante una competizione) priva queste informazioni di qualsivoglia carattere di riservatezza. È tuttavia evidente che si tratta di dati personali, i quali sono sfruttati economicamente con buona pace di ogni consenso dell'atleta.

Né l'obiezione che, in vero, trova sponda al di là e al di qua dell'oceano, per cui il divieto di trattamento non opererebbe per quei dati che sono manifestamente resi pubblici dall'interessato (come, con cristallina chiarezza, recita l'art. 9, comma 1, lett. *e)*, GDPR) pare aver pregio. A prendere la scena, infatti, non è la loro tutela quanto, piuttosto, lo sfruttamento economico di tali informazioni. Il discorso è ovviamente diverso per la società o per l'ente sportivo che organizza l'evento.

Il rilievo economico, e le relative tutele da attivare, in relazione a quei dati "*in competition*" che sono raccolti dalla società sportiva, non può infatti che innescare controversie in tema di concorrenza o proprietà intellettuale.[15] Come dire che, in ambito sportivo, il flusso di dati è ragguardevole e continuo, assume spesso una articolazione diversa e fa sorgere esigenze di tutela che vanno calibrate a seconda delle circostanze e dei soggetti coinvolti. La stessa distinzione, intuitivamente chiara, fra *Performance Data* e *Competition Data* tende a sfumare nella misura in cui anche le informazioni personali relative alla *performance* del gesto atletico appaiono funzionali allo svolgimento della competizione.

La capacità dell'IA di generare contenuti in grado di monitorare le prestazioni, influenzare le negoziazioni, così come la tecnologia *in game*, la comunicazione mediatica e il coinvolgimento di *fan* non solo attenua la distanza fra dati di *performance* e/o di *competition* ma rende impossibile conoscere come sono elaborati e usati i dati personali e sotto quali termini ne sia eventualmente concesso l'uso a terzi. Se a ciò si aggiunge che il coordinamento fra uomo e IA è in grado di generare dati approfonditi e dettagliati sulle prestazioni degli atleti e sugli incontri, anche attraverso la semplice registrazione dell'evento, ci si avvede di quanto la logica del consenso al trattamento dei dati si offra a fragile strumento di tutela.[16] Tanto, a dispetto di formule declamatorie volte a ribadirne la centralità.

Un buon esempio di come la disciplina in tema di consenso (informato) al trattamento dei dati personali arricchisca, scrupolosamente (e tralatiziamente), i contenuti del contratto per la costruzione del rapporto con l'atleta[17] viene dalla contrattualistica sportiva. L'art. 15 del Contratto TIPO di collaborazione coordinata e continuativa (Società-Atleta) predisposto dalla FIGC nel chiedere un generico consenso al "trattamento dei dati", a questo subordina l'esecuzione del contratto. E qui vien da chiedersi quanto possa dirsi libero e informato un consenso, mancando il quale sarà impossibile per "la società svolgere gli adempimenti connessi allo stesso" e, quindi, dare "esecuzione del contratto". Vieppiù ove si consideri – a voler

[15] Di siffatta complessità è testimonianza il dibattito che, chiamando in causa il rapporto fra *fair use doctrine* e normativa in tema di *misappropriation*, si è sviluppato negli ordinamenti di *Common law*.

[16] Basti pensare all'attività svolta dalla Società Opta Sport che si occupa specificamente di elaborare dati sportivi (specie, ma non esclusivamente relativi al calcio) che promette, a partire dalla registrazione degli eventi sportivi pubblici "*Unmatched depth and breadth of data, sports research, news and video content. Our award-winning AI team maximises the value of global sports coverage dating back over 40 years by coupling it with machine-learning technology*", cfr. https://www.statsperform.com/opta/.

[17] Reperibile all'indirizzo https://www.figc.it/media/208089/modello-tipo-cococo-societ%C3%A0-atleta-maggiorenne.pdf. Clausola di consenso al trattamento dei dati tuttavia comune anche ai contratti predisposti dalle 3 *Leagues* in Inghilterra.

 doi.org/10.30682/disp0601a

spostare la riflessione sul piano della libertà del consenso – che esso è *condicio sine qua non* per la costituzione di un rapporto fra parti dotate di un diverso potere contrattuale. E che non si tratti di vicenda esclusivamente italiana è conferma il contratto tipo elaborato in Inghilterra dalla Premier League dove il "*complying with the Club's obligations under the Rules*" del pari vale a configurare un'eccezione alla regola generale del consenso contrattuale libero e informato.

Il consenso al trattamento dei dati espresso dall'atleta al momento della costituzione del rapporto con la società apre, in definitiva, ad una tutela del tutto inadeguata. Nella maggior parte dei casi, quelle informazioni cui si accennava sono elaborate in assenza di qualsiasi accettazione e conoscenza espressa circa il modo in cui esse potrebbero essere (e vengono) impiegate anche per generare profitti (basti pensare alla cessione di questi dati a terzi per alimentare giochi e scommesse).

Di siffatta tensione è conferma il dibattito alimentato dal cd *Project Red Card* che, con l'obiettivo di aiutare gli atleti a controllare e monetizzare i dati raccolti su di loro e sulle loro prestazioni, ha condotto in Inghilterra dapprima alla nascita nel 2019 del *Global Sports Data and Technology Group* (GSDT) e, successivamente, alla presentazione nel 2020, di una *class action* da parte di numerosi calciatori.[18] In discussione è quella "elaborazione invisibile" dei dati che si realizza ogni qual volta le informazioni non siano ottenute sulla base di un consenso chiaramente espresso dalla persona interessata la quale, perciò stesso, non è messa in condizione di esercitare i propri diritti.

Nella specie, il *claim* è stato indirizzato contro alcune aziende produttrici di giochi per *computer* e società di scommesse responsabili di aver utilizzato illecitamente, in violazione della normativa sulla *privacy*, i *Performace Data* degli attori. Gli attori hanno fondato la richiesta di risarcimento del danno da uso non consentito dei propri dati – come calcolati nell'arco temporale dei 6 anni precedenti a norma dello *Statute of Limitations Act* (1980) – sulla violazione degli artt. 6 e 9 del GDPR e del corrispondente *Data Protection Act* inglese del 2018 (DPA), lamentando il mancato rispetto dei principi di correttezza e trasparenza.

Ciò che è interessante osservare è il fatto che l'azione non appare incentrata sul divieto di uso dei dati sulle prestazioni. In discussione è piuttosto la richiesta di una regolamentazione dell'utilizzo degli stessi enfatizzandosi l'adozione, nel rispetto delle posizioni dell'atleta, di *fair and transparent data practices*. Come dire che, in assenza di una esplicita manifestazione di volontà, analogamente a quanto accade in tema di contratto di sponsorizzazione, *endorsement*, o diritto all'immagine, ogni utilizzo non autorizzato dei propri dati è comunque da ritenersi

[18] L'azione è condotta da Russel Slade e dall'azienda di dati sportivi e tecnologia *Global Sports Data and Technology Group*, co-fondata insieme all'esperto di tecnologia Jason Dunlop. Utilizzando i requisiti del DPA UK (2018), i giocatori hanno sostenuto di non aver dato il consenso, né di aver ricevuto la possibilità di modificare i dati, né di aver avuto la possibilità di ricevere compensi per il loro utilizzo o di essere esclusi completamente dall'iniziativa. Tutti punti comuni sia al GDPR che all'analoga normativa inglese. Il successo dell'iniziativa è testimoniato dal consenso suscitato in ambito sportivo che dai calciatori della *Premier League*, *English Football League*, *National League* e *Scottish Premier League*, si è esteso anche ad atleti del rugby e del cricket. In proposito, T.R. Hill, J. Rhodes, *Data Decision Making in Sport: Can Players Stop Clubs from Collecting Their Data*?, in *Entertainment and Sports Law Journal*, 21(1): 3, 2023, p. 2.

illecito.[19] Il danno denunciato è stato così individuato nella perdita del potere di controllo sugli stessi.

Rischiosamente attratta ad una dimensione economica – quale il riconoscimento del diritto a cedere i propri dati in cambio del pagamento di un corrispettivo – la vicenda non manca tuttavia di connotarsi anche in chiave personalistica. L'esigenza di attrarre i *Performance Data* alle tutele in tema di dati personali sembra rispondere alla necessità di assicurare altresì il coinvolgimento personale dell'atleta in scelte che potrebbero essere contrastanti con i propri valori etici o religiosi. Basti pensare all'interesse che potrebbe avere, ad esempio, un atleta di religione musulmana a vietare (nel rispetto dei precetti religiosi) l'uso dei propri dati per alimentare gioco e scommesse.[20]

Ne consegue, alla luce di quanto si è venuti sin qui allineando, che la legittimità del trattamento dei dati (nel tentativo di superare la logica del consenso) non può neppure radicarsi in quella flessibilità interpretativa che pare assistere il richiamo alle ragioni di "interesse pubblico" (art. 9, par. 2, lett.*g)*, GDPR) o di quel "*legitimate interest*" di cui al par. 132 del UK DPA. Si tratta, di là da formule declamatorie, pur sempre di 1) identificare in cosa quest'interesse consista; 2) dimostrare che il trattamento è necessario per conseguirlo e, all'esito di questo procedimento, 3) operare il necessario bilanciamento con gli interessi, i diritti e le libertà della persona.[21]

Le implicazioni del *Project Red Card* appaiono, insomma, molteplici. Sullo sfondo è l'esigenza degli atleti di recuperare il controllo sui loro *Performance Data*, che lascia affiorare problemi legati a ruolo del consenso, proprietà dei dati e loro uso etico. Il *claim* sembrava,

[19] L'uso illecito del nome, dell'immagine o del ritratto di *sponsee*, *endorser*, *testimonial*, quando comporta la perdita, da parte del titolare del diritto, della libertà di scegliere di offrire al mercato l'uso dei propri dati, dà luogo ad un particolare pregiudizio. A determinarsi, a carico della "vittima", non è, infatti, una vera e propria perdita economica, quanto una illecita disposizione di un suo diritto, sicché la tutela preferibile non può che rivelarsi quella restitutoria e non già la risarcitoria. Il titolare del diritto può, cioè, ottenere il ritorno nel suo patrimonio di tutti quei vantaggi economici che avrebbe conseguito se avesse consentito all'uso dei propri dati. V., al riguardo, lo studio di Mendola, *Libertà di espressione e "costo" del consenso nell'era della condivisione digitale. Analisi comparatistica*, Milano, 2023, pp. 55 ss. Nella giurisprudenza italiana, interessante risulta la decisione di App. Milano, 22 gennaio 2021, in *Rass. dir. moda e arti*, 2022, 2, pp. 534 ss., con nota di ID., *L'illecito sfruttamento online dell'immagine e dello pseudonimo del testimonial: spunti di comparazione con il sistema tedesco* che ha visto protagoniste una *showgirl* e una nota azienda di intimo (di cui la prima era stata testimonial) la quale ha continuato a pubblicare, via *web* e sulla propria pagina Facebook, le fotografie della *celebrity*, oltre i termini contrattuali, pur tagliando parte del volto e cancellando i tatuaggi. L'autorità giudiziaria, in tale condotta, ha ravvisato un illecito utilizzo del nome, dello pseudonimo, dell'immagine – personale e non già commerciale – e del ritratto della *showgirl*, con conseguente condanna della convenuta al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali sofferti dalla controparte, da determinarsi in via equitativa, secondo il criterio del c.d. "giusto prezzo del consenso" (cfr. artt. 158, comma 2, l. n. 633/1941; 125, d.lgs. n. 30/2005; artt. 96 e 97, l. n. 633/1941; 8, comma 3, d.lgs. n. 30/2005). Il ristoro dovuto al soggetto la cui immagine è stata utilizzata in difetto di autorizzazione può, cioè, per i giudici, liquidarsi in via equitativa sulla base del compenso che il titolare del diritto avrebbe chiesto per consentirne l'uso. Cfr., in tal senso, altresì Cass., 16 maggio 2008, n. 12433, in *Foro it*., 2008, 1, 11, c. 3215; Cass., 11 maggio 2010, n. 11353, *ivi*, 2011, I, cc. 540 ss., con nota di P. Pardolesi, *Abusivo sfruttamento d'immagine e danni punitivi*.

[20] Il gioco d'azzardo, ad esempio, incontra nel Corano un espresso divieto: "Ti chiedono [Muhammad] riguardo al vino e al gioco d'azzardo. Dì: 'In essi c'è un grande peccato e qualche vantaggio per gli uomini; ma il peccato è maggiore del profitto ...'. Così Allah vi mostra chiaramente i suoi segni, affinché possiate considerare" (Corano 2: 219).

[21] Cfr. Sect. 132 "*Confidentiality of information*" UK DPA (2018) recita: "(2) *For the purposes of subsection (1), a disclosure is made with lawful authority only if and to the extent that— a) the disclosure was made with the consent of the individual or of the person for the time being carrying on the business, (b) the information was obtained or provided as described in subsection; (1)(a) for the purpose of its being made available to the public (in whatever manner), (c) the disclosure was made for the purposes of, and is necessary for, the discharge of one or more of the Commissioner's functions, (d) the disclosure was made for the purposes of, and is necessary for, the discharge of an EU obligation, (e) the disclosure was made for the purposes of criminal or civil proceedings, however arising, or (f) having regard to the rights, freedoms and legitimate interests of any person, the disclosure was necessary in the public interest*". Sul punto altresì, A. Orlando, *L'intelligenza artificiale per lo sport alla prova del quadro regolamentare europeo*, cit., p. 82.

quindi, possedere i caratteri necessari ad aprire una finestra sul problema della *privacy* e dei diritti sui dati personali nel settore sportivo. Ciò nonostante, a voler parafrasare il linguaggio sportivo, la "partita" si è chiusa (almeno per il momento) con un risultato negativo, in quanto i giudici hanno fatto applicazione del principio espresso in Lloyd v. Google.[22]

Chiamati ad esprimersi su un caso di uso non consentito di dati da parte di Google, che si era avvalsa di un *workaround* tecnico per inserire *cookie* di tracciamento senza che gli utenti ne fossero a conoscenza o avessero prestato il proprio consenso, i giudici della SCUK hanno precisato – argomentando *ex* sect. 13 DPA UK – che non è dato individuare alcun risarcimento per semplice "*loss of control*" dei dati personali.

Sebbene la Corte Suprema abbia lasciato aperto qualche spiraglio relativamente alla ammissibilità delle azioni rappresentative avanzate in relazione a richieste di risarcimento per violazione delle norme in tema di protezione dei dati, il rifiuto dei giudici di riconoscere il risarcimento di un danno da "perdita di controllo" sui propri dati e il fatto che occorre pur sempre dimostrare l'entità del danno subito, sembrano escludere, almeno per il momento, che qualche successo arrida all'azione. Ciò non toglie, considerata la delicatezza dei temi in discussione, che questa battuta di arresto sia da considerarsi tutt'altro che definitiva.

E infatti, con l'obiettivo di dare accesso ad una *player-centric rights perspective,* la FIFPRO World Players' Union, in collaborazione con la FIFA ha adottato nel settembre 2022 la *Charter of Player Data Rights*[23], dove si prevede che "*to allow for the integration of future technologies, all industry stakeholders must develop a common understanding of their joint interests and responsibilities in close collaboration with the players*". Nel documento – che non si allontana da una dimensione di *soft law* – si auspica l'implementazione di uno standard globale di tutela dei dati, al fine di garantire la *privacy* dei calciatori, al tempo stesso consentendo loro di controllare tutte le informazioni sulle loro prestazioni e sulla loro salute.

Il riconoscimento del diritto ad essere informati, di accesso, di revoca del consenso, di limitazione del trattamento, sottende l'acquisita consapevolezza che anche l'atleta ha diritto di decidere l'*an*, il *quando* e il *quomodo* nell'utilizzo dei dati che lo riguardano, lasciando intravedere l'opportunità di normative più severe per una adeguata protezione e gestione delle informazioni personali.[24]

---

[22] [2019] EWCA Civ 1599. Per un approccio diverso, nel senso di non richiedere un danno effettivo collegato all'uso dei dati non autorizzato giacché a "*person is prejudiced or aggrieved, in the legal sense, when a legal right is invaded by the act complained of or his pecuniary interest is directly affected by the decree or judgment*", Rosenbach *v* Six Flags Entm't Corp., 2019 IL 123186, 129 N.E.3d 1197. In dottrina, A. Garlewicz, *Athlete Biometric Data in Soccer: Athlete Protection or Athlete Exploitation?,* cit., pp. 11 ss.

[23] Cfr., https://fifpro.org/en/supporting-players/competitions-innovation-and-growth/player-performance-data; A. *Garlewicz, Athlete Biometric Data in Soccer: Athlete Protection or Athlete Exploitation*?, cit., pp. 27 ss. Sulla necessità di analisi che tengano conto degli interessi dei diversi stakeholders coinvolti nella gestione e sfruttamento economico dei dati sportivi, L. Xiaoyo, G. Xinyan, *Factors affecting the protection of data rights in sports events: a configurational analysis*, in *Nature Scientific Report*, 2024, pp. 2 ss.

[24] L'essenzialità della fase di *training* dell'AI e del rilievo, anche economico, che acquisiscono gli "*input*" è confermata dal fatto che, ad esempio, il New York Times ha bloccato il web crawler di OpenAI, impedendo alla società di utilizzare il contenuto della testata per addestrare i suoi modelli di intelligenza artificiale e ha citato in giudizio nel dicembre 2023 (27 dicembre), OpenAI, per i danni arrecati "*By disseminating generative output containing copies and derivatives of Times Works through the ChatGPT offerings, the OpenAl Defendants have directly infringed The 'Times's exclusive rights in its copyrighted works*", cfr. https://nytco-assets.nytimes.com/2023/12/NYT_Complaint_Dec2023.pdf.
V'è dell'altro. Al momento irrisolta, rimane altresì la questione se l'elaborazione prodotta dall'AI possa o meno essere coperta da copyright. In Stephen Thaler v Shira Perlmutter *Register of Copyrights and Director of the United States*

Rimane da chiedersi però – considerato che scopo del *Project Red Card* è quello di trarre benefici economici dall'uso dei dati personali – come attribuire valore economico all'utilizzo di specifici contenuti protetti e in che misura stabilire il corrispondente compenso.[25]

3. The Race Partnership' case e l'uso non consentito dei dati

Un buon esempio del rilievo economico che assumono i dati in ambito sportivo – specie se fatti oggetto di elaborazione – e dell'inadeguatezza di un rigido *frame* normativo incapace di recuperare completamente il ritardo rispetto a tecnologie in rapida evoluzione è offerto da una vicenda relativa al sistema di scommesse negli ippodromi che evidenzia, appunto, la difficoltà di chiamare in causa le norme in materia di proprietà intellettuale.

La predilezione degli inglesi per le scommesse è, infatti, ben nota, così come nota è la loro passione per i cavalli, sì che sorprende poco se l'emergere di una controversia in relazione a dati sportivi generati dall'IA venga proprio da una vicenda relativa alla diffusione di informazioni su corse di cavalli a vantaggio di vari allibratori; vicenda che ha offerto l'occasione per testare i limiti della protezione di un loro *fair use* e, conseguentemente, la portata della violazione nell'ipotesi di uso non consentito dei dati.[26]

Il caso è interessante perché si inserisce in una complessa relazione contrattuale che ha coinvolto *The Race Partnership* (TRP), *Tote* (società che ha il diritto di entrare nei *racecourses* di Arena per raccogliere e distribuire *Race Day Data* per il suo servizio di scommesse) e SIS (*Sports Information Services*) e ha avuto ad oggetto i dati delle corse su cui si formano, sulla base di un articolato sistema algoritmico che si nutre delle informazioni fornite da accreditati *bookmakers*, i prezzi delle scommesse[27] destinati poi ad essere utilizzati sia da allibratori *off-course* che *on-course*. Va da sé che, per gli allibratori *off-course*, venire tempestivamente in possesso di informazioni – sia pure *short lived* in quanto il loro valore dura solo fino a che la corsa non è trasmessa – è di fondamentale importanza.

A far data dal 2017, in virtù di un accordo di esclusiva con la *Arena Racing Company* che – grazie all'acquisizione di *racecourses* e *greyhound stadia* – controlla gran parte dei "*media*

Copyright Office, *et al.*, (2023) Civil Action No. 22-1564 (caso relativo alla creazione di un'opera d'arte attraverso l'AI, di cui veniva chiesta al registrazione al Copyright Office) il Giudice Berry A. Howell, in applicazione del Copyright Act (1976) lo ha escluso, precisando che "*The act of human creation—and how to best encourage human individuals to engage in that creation, and thereby promote science and the useful arts—was central to American copyright from its very inception. Non-human actors need no incentivization with the promise of exclusive rights under United States law, and copyright was therefore not designed to reach them*" (p. 10). A parte esigenze di controllo dei dati personali, rimane da verificare se il dato elaborato dall'AI possa considerarsi o meno oggetto di tutela della proprietà intellettuale.

[25] B.R. Humphreys, J.E. Ruseski, *Problems with data on the sport industry*, in *J. Sports Econ.* 11(1), 2020, pp. 60 ss.

[26] *The Racing Partnership Limited & Ors v Sports Information Services Ltd* [2020] EWCA Civ 1300. Sulle problematiche sollevate da gli ABD (Athlet Biometric Data), A. Garlewicz*, Athlete Biometric Data in Soccer: Athlete Protection or Athlete Exploitation*?, cit., pp. 26 ss.

[27] I dati di cui si discorre sono di due tipi: 1) *Betting Price*; 2) informazioni fattuali relative alla condizione dell'ippodromo e alla gara. In particolare il *Betting Price* fa riferimento alle quote di scommesse offerte dagli allibratori. Tali quote si formano sulla base del valore "consolidato" del cavallo prima della corsa (*Betting Show*). Questo valore è la risultante di un articolato algoritmo nutrito da una serie di informazioni che provengono da alcuni *bookmakers*. Ne consegue che la individuazione e scelta degli stessi è importante e va effettuata con abilità e attenzione. Si tratta di dati che sono prodotti di solito negli 8-10 minuti che precedono la gara e, ovviamente, sono essenziali per gli allibratori *off-course* perché consentono loro di competere con quelli *on-course*. Questi dati offrono preziose indicazioni anche per la individuazione del cd *Starting Price* come determinato, per ogni cavallo, in prossimità della gara. Valutazione, questa, molto delicata che viene effettuata e resa nota solo poco prima della partenza. Si comprende, quindi, come un'alta percentuale di scommesse finisca con l'avere a punto di riferimento privilegiato proprio lo *Starting Price*. Ed è del pari chiaro che – per gli allibratori *off-course* – è di fondamentale importanza che i *Betting Show* siano il più possibile allineati alle valutazioni dello *Starting Price*.

rights" in Inghilterra, *The Race Partnership* (TRP) si era assicurato diritti contrattuali di esclusiva per la fornitura di dati relativi alle scommesse *live* e alle corse ippiche presso diversi ippodromi inglesi facenti parte del gruppo Arena.

Nonostante avesse perso la licenza, la precedente società (SIS) aveva però continuato a "vendere" *Raceday Data* (vale a dire dati del giorno della gara)[28], a seguito di un accordo con Tote avente ad oggetto la fornitura di un *feed* di dati personalizzato (Tote *feed*) contenente informazioni sulle corse da utilizzare per le scommesse a quota fissa (*fixed-odds betting*); informazioni che, tuttavia, erano da considerarsi *off-course* perché in ritardo di alcuni secondi sull'evento *live*. Da gennaio a luglio 2017 si era dunque venuto a creare un sistema parallelo per cui mentre alcuni allibratori ricevevano informazioni sulle corse direttamente da TRP, altri – sia pur con quel breve disallineamento temporale di cui si è detto – li ottenevano da SIS.

Il Tote, non vincolato contrattualmente con TRP e tradizionalmente ammesso sui *racecourses* senza limitazioni di sorta, aveva sempre fornito informazioni per il suo *betting pool service.*[29] Sì che, in mancanza di *terms of use*, legittimamente Tote aveva raccolto, elaborato e venduto informazioni.

Chiamata a decidere – a seguito del ricorso di TRP e Arena – sull'uso di dati venduti da SIS ad allibratori *off-course* (e spesso anche *on-course*), la *Court of Appeal* si è così trovata ad affrontare una serie di questioni sulle quali si era già in vero espresso il giudice della *High Court*. Si tratta di profili che involgono *a)* il rilievo da assegnare ai dati sportivi; *b)* la configurabilità di un *breach of confidence* in un contesto non governato da una relazione contrattuale;[30] *c)* la presenza del *tort of unlawful means of conspiracy* e, dunque, *d)* la stima dei danni conseguenti al riconoscimento della "*conspiracy*" di SIS con i *bookmakers* per danneggiare l'unico legittimo titolare dei diritti (vale a dire TRP).

A parte ogni riflessione sull'ampliamento delle condizioni di configurabilità del *tort of unlawful means of conspiracy* (che finisce con il delineare le condizioni in presenza delle quali si realizza una sorta di *unfair competition*), il caso in esame può considerarsi un bell'esempio della difficoltà, per una società che usa dati sportivi, di rivendicare diritti sugli stessi, tanto più se fatti oggetto di elaborazione. Il punto è rappresentato dalla questione se i *Raceday Data* costituiscano o meno *confidential information*, specie in circostanze nelle quali la trasmissione dell'evento in TV li rende di *public property* o espressione di *knowledge property.*

Di siffatte difficoltà sono proiezione le differenti argomentazioni utilizzate e le posizioni divergenti assunte dai giudici, sia in primo grado che in appello, rispetto alla condotta di SIS, sì da rendere impossibile sfuggire alla conclusione che non è ragionevole discorrere di dati sportivi *tout court* e che l'esistente panorama normativo appare inadeguato a far fronte alla

[28] I *Key* R*aceday Data* includono, ad esempio, notizie sui ritiri, sui non partecipanti, sull'"off" (vale a dire il momento in cui inizia una gara), così come sugli arrivi e così via discorrendo.

[29] *The Racing Partnership Ltd v. Sports Information Services* Ltd [2020] EWCA Civ 1300 at [26]. Aspetto questo interessante che, in Appello, ha sollecitato la *dissenting opinion* di Arnold LJ, secondo il quale Tote doveva comunque considerarsi un "*trespasser*", avendo tenuto una condotta che, sia pur implicitamente, era in violazione del contratto.

[30] Lord Nicholls in *Campbell v MGN* Ltd [2004] A.C.457 at 464-5 definisce la *law of confidence* come l'imposizione di *duty of confidence* su una persona che riceve informazioni che egli sa (o dovrebbe sapere) siano confidenziali alla luce di un parametro di correttezza e ragionevolezza. Sul punto, in dottrina, A. Tettenborn, *Clerk & Lindsell on Torts*, Chapter 25, Sweet & Maxwell Ltd, 2024, par. 28-01 e 28-02.

 doi.org/10.30682/disp0601a

complessità degli interrogativi legati al loro utilizzo. Specie se si tratta di dati sviluppati da algoritmi intelligenti e nella consapevolezza del loro rilevante valore economico.

Per il giudice della *High Court*, le informazioni in esame possedevano senz'altro il requisito della confidenzialità. Trattandosi di informazioni che avevano chiaramente un valore commerciale, TRP aveva fatto quanto in suo potere per controllarne la diffusione e un qualunque soggetto ragionevole si sarebbe potuto rendere conto che stava utilizzando informazioni (quelle raccolte da Tote) in circostanze che implicavano una sostanziale confidenzialità.[31] Il fatto che questi dati fossero stati raccolti ed elaborati da Tote e poi venduti a SIS non valeva ad escludere la circostanza che si trattasse pur sempre di *misuse of confidential information*.

I giudici della *Court of Appeal* sviluppano, invece, un diverso e contrastante argomentare. Il non allineamento non è solo rispetto al *decisum* del giudice della *High Court* ma è anche, per dir così, interno. Alligna, al fondo della riflessione, l'esigenza di distinguere – discorrendo di dati sportivi – fra informazioni che hanno valore economico e quelle che, invece, tale carattere non posseggono e, ancora, fra dati ormai di pubblico dominio perché relativi ad eventi che sono ormai stati trasmessi e dati che non sono ancora approdati alla conoscenza del pubblico.

Nella sua *opinion* (*dissenting*), Arnold LJ arriva a distinguere fra *Raceday Data* – ovverossia informazioni comunque rilevabili da tutti gli spettatori quali quelle relative ad esempio al tempo, alla condizione dell'ippodromo e così via – e *Key Raceday Triggers* cioè i dati (più eloquenti) che riguardano eventuali ritiri, sostituzioni, fase di inizio o di arrivo della corsa etc. Né siffatta ripartizione è fine a se stessa, trattandosi non soltanto di far emergere quali siano i "dati semplici" in contrapposizione a quelli che, invece, sono oggetto di una aggregazione/rielaborazione, ma anche di individuare con chiarezza quello "*short period of time*" economicamente rilevante che passa tra la venuta ad esistenza dell'informazione e la sua diffusione non consentita.[32] Tanto, a voler porre in evidenzia l'esistenza di un *relevant time frame* ovverossia di una finestra che, considerato il disallineamento temporale fra il reale verificarsi dell'evento e la sua trasmissione (tempo peraltro stimabile nella misura di una manciata di secondi), è quella nella quale si stabilizza il valore commerciale dei dati. E tuttavia, si badi bene, non di tutti i dati. Quelli di cui si discorre sono soltanto quelli "*key*" rispetto ai quali si era consolidata l'aspettativa economica del *claimant*, nella specie TRP.

In questo sia pur breve lasso di tempo, i dati avrebbero posseduto dunque il carattere della confidenzialità. Su queste premesse è la concorrente opinione di un altro giudice (Philips LJ) e su queste premesse ancora giace il convincimento che le informazioni siano di natura confidenziale.

Prospettiva tutt'altro che irrefutabile e, infatti, non condivisa da altro giudice della *Court of Appeal* (Lewison LJ) per il quale, in assenza di precisi *terms of use,* la questione non sarebbe

[31] In questo senso il giudice J. Zacaroli, fa piena applicazione dell'autorità di *Douglas & Ors v. Hello! Ltd & Ors* [2007] UKHL 21 laddove la confidenzialità è legata alla "inaccessibilità" e dunque al controllo della notizia, più che alla sua segretezza.

[32] *The Racing Partnership Ltd v. Sports Information Services Ltd* [2020] EWCA Civ 1300 at [53]. Sulla diversa tipologia di dati sportive che non posseggono tutti la medesima rilevanza, T.R. Hill e J. Rhodes, *Data Decision Making in Sport: Can Players Stop Clubs from Collecting Their Data*?, cit., p. 3.

stata correttamente affrontata. Considerato, infatti, che alcun contratto era stato sottoscritto con TRP, nulla impediva a Tote di raccogliere, elaborare e vendere dati. Neppure poteva porsi un problema di confidenzialità delle informazioni, non trattandosi di dati riservati ma di informazioni di *public domain*. Una qualunque persona ragionevole (così come SIS) non era, pertanto, nelle condizioni di rendersi conto – date le circostanze – del valore economico dell'informazione e del fatto che si fosse in presenza di "*an equitable obligation of confidence*".

Ribaltando la sentenza della *High Court*, la Corte d'Appello ha spostato così il ragionamento sul piano del *tort of unlawful means of conspiracy* precisando che Sports Information Services non avesse agito in *breach of confidence*, per aver raccolto e distribuito dati chiave relativi alle giornate di corse dalle arene ippiche che *The Racing Partnership* aveva il diritto contrattuale esclusivo di sfruttare. I giudici della *Court of Appeal* non solo non si sono trovati d'accordo con l'opinione espressa dalla *High Court* ma neppure fra loro si è raggiunta concordia sulla tipologia dei dati ceduti, sull'esistenza di un *duty of confidence* e sul danno conseguente al loro illecito utilizzo. Il fatto che le decisioni siano state prese a maggioranza e che sia stato concesso il *permission to appeal* lascia intendere che la Corte Suprema sarà chiamata ad ulteriormente definire i contorni del *tort of unlawful means of conspiracy.*[33]

Ad ogni modo che la questione dell'uso di dati sportivi sia lontana dal trovare una soluzione appagante è confermato altresì da un'altra vicenda (Genius v Sportradar 2022) che, di fatto, si muove sulla falsa riga della precedente. In discussione era la concessione a Genius da parte di FootballDataCo dei diritti su raccolta, licenza, elaborazione e distribuzione in tempo reale dei dati relativi a partite e giocatori.[34] Alla violazione delle regole della concorrenza lamentata da Sportradar davanti al *Competition Appeal Tribunal* ha fatto eco il *claim* di Genius lamentando dinanzi alla High Court che, con l'attività di raccolta dei dati, Sportradar avesse agito in *breach of confidence* (trattandosi di informazioni riservate nonché prodotto di una elaborazione algoritmica) e che, considerata la condotta sua e degli agenti, si delineasse l'illecito di *unlawful means of conspiracy*.

[33] Gli *economic torts* (in generale), compresa la *conspiracy*, hanno conosciuto un considerevole sviluppo tra la fine del XIX secolo e la metà del XX secolo. In assenza di univocità del dato normativo, l'idea che azioni condotte per ledere gli interessi economici delle aziende potessero compromettere la stabilità dell'economia ha condotto qui allo sviluppo di un interessante giurisprudenza che ha cercato di stabilire quando tali condotte fossero lecite e quando no. Sul punto cfr., OBG Ltd v Allan [2007] UKHL 21 (OBG); Revenue and Customs Commissioners v Total Network SL [2008] UKHL 19 (Total); JSC BTA Bank v Ablyazov (No.14) [2018] UKSC 19 (Ablyazov) e, di recente, il permission to appeal in *The Racing Partnership* case (*The Racing Partnership Ltd and others v Sports Information Services Ltd [2020]* EWCA Civ 1300). Nella specie, seguendo l'autorità di Kuwait Oil Tanker Company SAK v Al-Bader (No.3) [2000] 2 All E.R. (Comm) 271 at [108], le condizioni affinché si configuri il tort of unlawful means of conspiracy sono legate alla prova che l'attore "*has suffered loss or damage as a result of unlawful action taken pursuant to a combination or agreement between the defendant and another person or persons to injure him by unlawful means, whether or not it is the predominant purpose of the defendant to do so*". In *The Racing Partnership*, la *Court of Appeal* sembra aprire eccessivamente alla configurabilità di questo illecito, ritenendo che non sia richiesta la conoscenza della illiceità della condotta e, inoltre, offrendo una lettura piuttosto ampia di cosa debba intendersi per "*unlawful means*". In proposito, C.L. Saw, *The curious case of horseracing data caught in a tangled web of relationships – The Racing Partnership Ltd v. Sports Information Services Ltd [2020] EWCA Civ 1300*, in *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, 52, (6), 2021, pp. 752-774.

[34] *FootballDataCo* è una società britannica, attiva nel settore calcistico, che concede licenze a terzi per l'uso dei dati relativi alle leghe calcistiche professionistiche del Regno Unito: la *Premier League*, *la Football League* e la *Scottish Professional Football League*. Nella specie, il *claim* era basato sulla violazione delle previsioni di cui ai Cap. I e II UK Competition Act 1998 e degli artt. 101 e 102 TFUE lamentata da *Sportradar* che si vedeva privata in virtù dell'accordo fra *Genius* e *Football DataCo* di ogni accesso ai dati: https://igamingbusiness.com/legal-compliance/legal/sportradar-genius-patent-suit/.

La vicenda è stata però chiusa prima che il giudice potesse esprimersi al riguardo e i termini dell'accordo sono riservati. Per certo Sportradar ha accettato di astenersi dal raccogliere dati negli stadi di calcio del Regno Unito e ha ottenuto, a sua volta, da Genius una sublicenza per lavorare su un "feed secondario", il quale offre informazioni con qualche secondo di ritardo rispetto a quelle che compaiono sul *feed* primario. Soluzione salomonica che non scioglie alcuni nodi. Resta da vedere in che misura questo accordo avrà un impatto sul mercato dei dati delle scommesse, anche perché del tutto irrisolta rimane la questione della natura dei dati raccolti dal vivo che, in determinate circostanze, continuano ad essere considerati "*confidential*".

4. Tra "basic" e "enhaced" sport data

Detto questo, una delle tante sfide lanciate dall'AI e che non manca di interessare anche il mondo dello sport, è legata all'utilizzo di materiale coperto da diritti di esclusiva. L'affidabilità degli *output* – direttamente proporzionale alla qualità degli *input* – assume un rilievo centrale per quella parte dell'industria sportiva che ruota intorno alla *betting activity* e accende gli interessi dei *bookmakers*, influenza la definizione delle quote di scommesse, le *gaming activities* e, più in generale, la creazione di prodotti di gestione del rischio. Che si tratti di un settore il quale, dal punto di vista economico, sia in ampia e costante crescita è confermato dalle stime di analisti del gioco e avvalorato dalla diffusione delle scommesse sportive.

Non sorprende, dunque, se – al di qua e al di là dell'oceano – l'attenzione del legislatore per una regolamentazione del fenomeno della "*gamification*" sia andato progressivamente crescendo, in uno con la capacità dell'AI di analizzare dati da offrire agli scommettitori.[35] *Opta Sport*, ad esempio, a partire dalla registrazione di competizioni (soprattutto ma non esclusivamente di calcio) è in grado di offrire – nel giro di secondi – una serie di dati che velocemente "processati" da un sistema di IA, sono venduti a terzi e archiviati. Questa attività di raccolta, comunicazione, riproduzione e trasformazione di informazioni solleva una serie di interrogativi che hanno a che vedere con 1) l'uso non sempre consentito di dati, 2) il significato da attribuire all'espressione "allenare" un'AI e la misura in cui sono utilizzati i dati, 3) il

[35] La relazione tra l'industria del gioco d'azzardo e lo sport ha, di recente, condotto negli Stati Uniti alla presentazione del *Supporting Affordability and Fairness with Every Bet,* (SAFE *Bet Act*), 118TH CONGRESS 2D SESSION – 12 settembre 2024 che cerca di affrontare le implicazioni per la salute pubblica derivanti dalla legalizzazione delle scommesse sportive. Qui, al divieto generale di scommesse di cui al *Professional and Amateur Sports Protection Act* – 1992 ("PAPSA"), ha fatto seguito un acceso dibattito sulla liceità dello stesso che è culminato nella decisione Murphy v National Collegiate Athletic Association, 2018, n. 16-476, 584 U.S. 453 [138 S. Ct. 1461] con la quale i giudici della Corte Suprema hanno dichiarato l'incostituzionalità del PAPSA per violazione della c.d. "*anti-commandeering rule*" e, dunque, per aver ecceduto il Congresso nel potere di dire agli stati che non avrebbero potuto autorizzare scommesse. L'attuale proposta segue lo *Sports Wagering Market Integrity Act* del 2018 che, non senza aver considerato gli interessi di tutti gli stakeholders (scommettitori, industria dei giochi leghe sportive, consumatori, piattaforme di gestione dei dati), voleva offrire una risposta normativa al caso Murphy. Nel Congresso la discussione del Bill si è tuttavia a renata, a conferma della delicatezza del tema. Sull'esperienza statunitense caratterizzata dalla presenza, in alcuni Stati ma non in tutti, di specifica normativa sulle scommesse cfr. Thornley *A Case Against Federal Regulation of Intrastate Sports Wagering*, in *Unlv Gaming Law Journal*, 11, 1, 2020, pp. 96 ss; R.M. Rodenberg, *United States of Sports Betting: An Updated Map of Where Every State Stands*, https://www.espn.com/chalk/story/_/id/19740480/the-united-states-sports-betting-where-all-50-states-standlegalization.
In dottrina, per una panoramica delle legislazioni nazionali e dell'impatto sull'industria delle scommesse del caso Murphy v. NCAA si rinvia a D.J. Spitz, R.P. Terry, *We Can Handle It: Advocating in Support of State Legislation of Legal Sports Gambling post-Murphy v. NCAA*, in *Journal of Legal Aspects of Sport*, 30, 2020, pp. 157 ss. J.T. Holden, M. Edelman, K.C. Miller, *Legalized Sports Wagering in America*, *Cardozo Law Review*, 2023, pp. 1383 ss. Una attenta analisi delle questioni connesse al gioco e alle scommesse nell'ordinamento italiano è svolta da A. Musio, *Gioco autorizzato e rimedi civilistici*, Napoli, 2020, pp. 34 ss.

carattere trasformativo o meno dell'elaborazione e 4) l'accessibilità al pubblico dei dati ovvero il loro essere riservati. In discussione, considerato che diventa sempre più complicato bloccare e vincolare l'accesso e la fruizione di contenuti, è l'individuazione di regole per disciplinare le nuove forme di utilizzo delle informazioni, nel rispetto degli interessi dei vari attori coinvolti (squadre, allibratori, atleti). Discorso questo che, in ambito sportivo, è destinato a confrontarsi con i diritti avanzati da chi, organizzando la competizione, ha concorso alla generazione di quei dati e che, dunque, ha anche interesse a monetizzare e ad utilizzarli in maniera esclusiva.

Che si tratti di profili di non agevole soluzione è confermato dalle tensioni che si sono scaricate su un formante giurisprudenziale chiamato – più in generale – a confrontarsi con norme le quali, anche quando di recente approvazione (come nel caso, in Europa, della Direttiva Copyright)[36], non appaiono in grado di interpretare le sfide della modernità. La consapevolezza della complessità della questione ha dato così vita a risposte differenziate, al di qua e al di là dell'oceano, a ragionamenti più o meno coerenti e non sempre ispirati dalla necessità di rispondere nella maniera più adeguata possibile alla situazione concreta e soprattutto non in grado di rispondere alle sfide dell'AI.

Almeno in ambito sportivo, una possibile linea da seguire sembrerebbe trovare spazio in quella distinzione fra dati "semplici" e dati "aggregati" che si scorge a fondamento di National Basketball Ass'n v. Motorola.[37] Qui i giudici, nel far riferimento ai principi della normativa federale sul *copyright*, evidenziano come "*purely factual information which any patron (...) could acquire from the arena without any involvement from the director, cameraman or others who contribute to the originality of the broadcast*" non possano ricevere tutela a causa del loro carattere "pubblico". La distinzione fra dati "*basic*", ed "*enhanced data*" serve così ai giudici per sottolineare che la prestazione sportiva non è una "creazione" nel senso comune del termine e, quindi i dati che da essa possono estrarsi sono privi del carattere dell'originalità, giacché a ritenere diversamente si dovrebbe concludere che l'invenzione di ogni tecnica di gioco (specie in quelli di squadra) sia coperta da *copyright.*[38] Ragionamento la cui linearità, non a caso, si ritrova anche nelle argomentazioni usate dai giudici della CGCE allorché hanno escluso che una partita di calcio possa dirsi opera dell'ingegno, salvo poi ritenere possibile la tutela degli

[36] Si è, in vero, in presenza di un tessuto normativo che delinea eccezioni, criteri e condizioni da soddisfare, nessuno dei quali pare tuttavia adattarsi alla specificità del processo di elaborazione dell'AI. Ne è conferma la stessa Direttiva (UE) 2019/790 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 17 aprile 2019 sul diritto d'autore e sui diritti connessi nel mercato unico digitale e che modifica le direttive 96/9/CE e 2001/29. Le eccezioni si riferiscono qui alla possibilità di estrarre patterns da una vasta mole di dati e non all'uso per finalità di *training*. Inoltre la disciplina dell'estrazione e conservazione per il tempo strettamente necessario, l'enfatizzazione per il rispetto dei personal data, la possibilità di consentire solo accessi limitati fa ritenere che si tratti di eccezioni pensate a tutela della ricerca scientifica e del patrimonio culturale, lasciando irrisolte le questioni sollevate, appunto, dall'attività di *training* dei modelli di AI.

[37] Inc., 105 F.3d 841 (2nd Cir. 1997). Osserva, M. Nimmer, D. Nimmer, *Nimmer on Copyright* § 2.09 [F] a 2-170.1 (1996) come sia "[*f*]*ar more reasonable*" che gli eventi sportivi non siano protetti da *copyright*. Nimmer osserva che, tra gli altri problemi, vi sarebbe a ritenere altrimenti anche quello del numero di titolari congiunti di *copyright* che includerebbe presumibilmente la lega, le squadre, gli atleti, gli arbitri, i lavoratori dello stadio e persino i tifosi che hanno contribuito al "prodotto".

[38] "*A hot news misappropriation claim under state law is limited to cases involving the following five components: a plaintiff generates or gathers information at a cost, the information is time-sensitive, a defendant's use of the information constitutes free riding on the plaintiff's efforts, the defendant is in direct competition with a product or service offered by the plaintiff, and the ability of other parties to free ride on the efforts of the plaintiff or others would reduce the incentive to produce the product or service to the point that its existence or quality would be substantially threatened*" (Basketball Ass'n v. Motorola).

incontri sportivi "istituendo una normativa nazionale specifica ovvero riconoscendo, nel rispetto del diritto dell'Unione, una tutela per tali incontri garantita da strumenti convenzionali".[39] Appare del resto ragionevole ammettere che l'utilizzo di dati, i quali non sono il frutto di un intervento umano, e sono volontariamente resi pubblici, non si presti a forme di tutela specifiche trattandosi, appunto, di "*purely factual information*".

Va da sé che il discorso è destinato a mutare in presenza di dati che, raccolti nei campi di gioco, sono elaborati grazie a modelli computazionali basati sull'intelligenza artificiale e sull'apprendimento automatico (ML). Guidata dai progressi tecnologici e dalle invenzioni ingegneristiche al fine di offrire ai fan una esperienza più coinvolgente o alimentare il mercato delle scommesse, la significatività del dato è qui la risultante di metriche e regole che, verificando come ogni profilo si relazioni con l'altro, sono in grado con sorprendente precisione di svelare tattiche e strategie di gioco.[40] La presenza di sistemi avanzati che includono i dati di tracciamento o l'uso di tecnologia di identificazione a radiofrequenza (RFID) mette in circuito informazioni che sono, per un verso, *time sensitive* e, per l'altro, non sono *costless*. Tecnologie come il sistema SportVU (utilizzato negli USA dalla NBA) che riesce a fornire in tempo reale dati "*enhanced*" su palla e posizionamento dei giocatori, per poi offrirli a STAT che li fornisce al pubblico sollevano senza dubbio un problema di titolarità di dati prodotti durante il gioco e non acquisibili in seguito alla semplice visione di una partita trasmessa. E, tuttavia, quanto questa distinzione possa servire ad individuare dove si radichi la tutela per un uso non autorizzato di dati sportivi strutturati non è agevole dire. Vieppiù se si tratta di dati poi fatti oggetto di ulteriore elaborazione.

Per certo un'attività di raccolta di informazioni segrete (non necessariamente riservate e sottoposte ad un sistema di protezione adeguata), di rilievo commerciale e sensibili al tempo, nonché una condotta di *free riding* sui costi di acquisizione della stessa si traduce in un comportamento illecito. In questo senso la segretezza, più che la riservatezza, sembra chiamata a giocare un ruolo centrale nella tutela delle "informazioni commerciali" per cui, dal punto di vista giuridico, diventano fondamentali le modalità con cui tale segretezza viene assicurata e preservata. Non v'è dubbio però che, anche in mancanza di misure adeguate di protezione, si configuri comunque una condotta scorretta ogni qual volta "qualcuno risparmi tempi e costi di un'autonoma ricostruzione delle informazioni aziendali".[41] Il punto è, allora, verificare se si tratti di condotta contraria alle norme di correttezza imprenditoriale ovvero di condotta che viola il diritto del legittimo titolare delle informazioni. Ad esempio, l'allenamento di un modello (come è per ChatGPT) su un set di dati assunti parzialmente o nella loro interezza è dubbio possa creare le condizioni per una lesione di diritti di esclusiva, allorché l'*output* sia

[39] CGUE, sent. 4 ottobre 2011, FAPL cause riunite C-403/08 e C-429/08. Secondo la Corte UE, "gli incontri di calcio non possono essere qualificati come opere protette dal diritto d'autore. Il diritto dell'Unione europea non li tutela ad alcun altro titolo nell'ambito della proprietà intellettuale" (punti 101-105).

[40] Basti pensare ai dati raccolti da telecamere poste sui campi di gioco e capaci di selezionare da tutte le "immagini" che descrivono la posizione in campo di ciascun giocatore, quali dati considerare e quali ignorare. Esempi di tracciamento ed elaborazione dei dati sono i sistemi *SportVU* per le partite di Basket, *Statcast* nel Baseball e *Net Gen Stat*, nel calcio dove la radiofrequenza è impiegata (RFID) appunto nell'elaborazione delle statistiche.

[41] Così, ad esempio, (tra le tante) in Trib. Bolzano, sez. spec. Impresa, 13 luglio 2017, in *Dejure* sulla lettura dell'art. 2598, comma 3, c.c.

 doi.org/10.30682/disp0601a

sostanzialmente "altro" rispetto alle informazioni immesse. Ciò non toglie che si mettano in discussione profili di *fairness* con tutto ciò che ne consegue sul piano della prova di una condotta scorretta.

In un contesto nel quale modelli computazionali e di *Machine Learning* sono in grado di comprendere le relazioni all'interno di ciascun fotogramma, verificare come queste relazioni possono cambiare nel tempo ed operare aggregazioni, la questione della tutela dei dati – anche strutturati – sembra liberarsi da quella dimensione squisitamente proprietaria tipica del *copyright law*, trattandosi, piuttosto di capire in che misura l'acquisizione del dato abbia inciso sul risultato finale, se l'informazione sia stata utilizzata in tutto o in parte, quali le eventuali ricadute economiche e così via.[42]

Muovendosi in linea con queste premesse il ricorso all'AI sembra, in presenza di controversie, orientare verso un intervento dei giudici maggiormente in grado, rispetto al legislatore, di bilanciare gli interessi collettivi con quelli privati grazie alla flessibilità di un approccio destinato a valutare condotte concrete e interessi coinvolti.

In presenza di una giurisprudenza sostanzialmente ancora scarsa sul punto, un buon esempio della condotta tenuta dalle corti viene, ancora una volta, dagli Stati Uniti dove l'art. I, Sect. 8, Clause 8, nell'attribuire al Senato il compito "*To promote the Progress of Science and useful Arts*" ha non raramente fornito ai giudici il frame valoriale attorno al quale consolidare, *ex* 17 U.S. Code § 107 – *Limitations on exclusive rights* –, la *fair use doctrine.*[43] È interessante osservare come qui, l'esistenza di un interesse generale si presti, in uno con la flessibilità valutativa che soggiace al *fair use principle*, ad una verifica in concreto dei fattori in presenza dei quali l'uso è da considerarsi, appunto, "*fair*". Ed ecco che allora lo scopo dell'uso quale ad esempio, profili educativi, o ancora la natura dell'opera da proteggere, la quantità di informazioni utilizzate, gli effetti sul mercato, fanno sì che lo sfruttamento commerciale di dati non sia sempre considerato illecito, specie allorché il modello generato dall'AI si affianchi – senza sostituirsi – a quello originale.[44] Ragionamento, questo, che sembra imporsi rispetto a più tradizionali letture anche al di qua dell'oceano.

[42] Che si tratti di operazione non semplice è confermato dalla causa intentata dal New York Times contro OpenAI e Microsoft per l'uso non autorizzato di articoli del Times per addestrare modelli linguistici di grandi dimensioni. La denuncia di fatto apre la prima "ondata" di *claim* contro la AI. Oltre a questioni legate a regole di "*discovery*" e alla adeguatezza delle soluzioni a tutela della proprietà intellettuale, il caso evidenzia la tensione tra innovazione tecnologica e i principi giuridici consolidati. Il progredire delle tecnologie di intelligenza artificiale e la loro pervasività pone ai giudici sfide crescenti nel bilanciare gli interessi dei titolari dei diritti d'autore, l'interesse pubblico all'accesso alle informazioni e il diritto degli sviluppatori di tecnologie. Sebbene, in alcuni contesti, l'addestramento di modelli di intelligenza artificiale su dati protetti da *copyright* possa essere considerato un uso corretto, la generazione di contenuti da questi modelli potrebbe comportare problemi legali. In proposito basti guardare, ad esempio, alla policy di Meta, cfr., https://www.reuters.com/legal/litigation/meta-tells-court-ai-software-does-not-violate-author-copyrights-2023-09-19/.

[43] In Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569 (1994) in cui si discuteva dell'originalità di una parodia musicale di "*Pretty woman*" ad opera del gruppo 2 Live Crew, i giudici hanno ritenuto che vi fosse spazio – non senza averne esaminato i presupposti -- per l'applicazione della Sect. 107 Copyright Act giacché "*While we might not assign a high rank to the parodic element here, we think it fair to say that 2 Live Crew's song reasonably could be perceived as commenting on the original or criticizing it, to some degree*".

[44] Negli USA, lo spazio da riservare alla *fair use doctrine* è stato a fondamento di due recenti decisioni. In Hachette Book Group, Inc. v. Internet Archive, 542 F. Supp. 1156 (2023), caso deciso in Appello dai giudici del *Second Circuit* il problema era rappresentato dal fatto che Internet Archive – approfittando della sospensione dei prestiti bibliotecari a causa del Covid – avesse diffuso (attraverso il sistema del prestito digitale) opere letterarie così violando le norme in tema di *copyright*. Qui i giudici, nel decidere a vantaggio di Hachette, hanno offerto una interpretazione restrittiva del *fair use principle* che non sembra tener in alcuna considerazione scopi quale quello educativo e/o comunque non commerciale a base della diffusione.

Dell'esigenza di contemperare, in maniera ragionevole, i diritti di esclusiva senza al contempo ostacolare eccessivamente progresso sociale e interessi generali è specchio infatti una decisione del Tribunal Supremo che, nel dare spazio alla *fair use doctrine*, sposta l'attenzione sull'esigenza di definire – alla luce di un principio di ragionevolezza – le condizioni per una adeguata composizione di interessi contrapposti.[45]

5. AI, era cyborg e limiti della naturalità

Un aspetto di cui non si è dato conto ma che, inevitabilmente, accompagna le riflessioni sul rapporto fra Sport e AI investe l'incrocio fra biologico e tecnologico.

Se, infatti è vero che il parametro di misurazione della "naturalità" della persona è dato dalla sua corporeità, ed è ad essa che va riferito il concetto di vulnerabilità,[46] è del pari indubbio che gli orizzonti scientifici consegnano un diverso modo di concepire la corporeità che si disvela all'esito di un processo di inarrestabile ibridazione dell'uomo con i suoi stessi prodotti scientifici e tecnologici, incidendo – come osservava Rodotà – sull'antropologia stessa delle persone. In questo senso – riguardata la questione sotto il profilo dell'*ubi consistam* della natura umana – gli interventi sul corpo umano evidenziano come il richiamo alla naturalità si presenti sempre più friabile.

L'influsso che nanotecnologie, neuroscienze, AI, robotica, ingegneria elettronica, cibernetica stanno esercitando o promettono di esercitare sull'uomo mette in circuito una serie di interrogativi anche legati al fatto che le informazioni della persona finiscono nei database di società che producono quelle componenti elettroniche pensate per porre rimedio ad handicap fisici.[47] In questo senso, si spiega il timore per gli esiti cui potrebbe condurre lo studio PRIME

Per il documento integrale della sentenza si veda https://storage.courtlistener.com/recap/gov.uscourts.nysd.537900/gov.uscourts.nysd.537900.188.0.pdf; F. Mercanti, *Hachette v. Internet Archive*, in *JLIS.it*, 15, 1, 2024. Analoga conclusione in Andy Warhol Foundation for the Visual Arts, Inc. v. Goldsmith, 598 U.S. 508 (2023) in cui i giudici della Suprema Corte, in un caso relativo all'uso da parte della AWF (Andy Wahrol Foundation) di una foto di Prince scattata nel 1981 hanno ritenuto che i cambiamenti operati non fossero sufficientemente trasformativi. In entrambi i casi i giudici si sono mostrati favorevoli ad un ridimensionamento della dottrina in esame.

[45] In STS 172/2012, 3 de Abril de 2012 i giudici, partono da una analisi della *Ley de Propriedad Intellectual* e, in particolare dalle previsioni di cui agli artt. 40 e 40 *bis* della stessa che – di fatto – aprono alla dottrina dello *ius usus innocui*, come validata dal principio di buona fede di cui all'art. 7.1 CC, dal divieto dell'abuso di diritto (art. 7.2 CC) nonché dalla "*configuración constitucional del derecho de propiedad como derecho delimitado*". Negli stessi termini si muovono i giudici in SJMer n. 9 11/2024, 11 de Enero de 2024, de Barcelona. Il caso – Visual Entidad de Gestión de Artistas Plásticas (VEGAP) come attrice e Punto Fa, SL (Gruppo Mango) – è relativo alla tutela dei diritti morali e patrimoniali degli autori di diverse opere d'arte che sono state trasformate in NFT (*Non Funible Token*) senza l'autorizzazione del titolari dei diritti. La decisione del tribunale mercantile – a favore di Mango – si fonda su un ragionamento che tiene conto dei quattro requisiti posti a base della *fair use doctrine* (Sec. 107 – *Copyright Act* 1976) e dello *ius usus innocui.* Ma la partita sembra destinata ad avere ulteriori sviluppi, attesa l'intenzione del gruppo Vegap di interporre appello al Tribunale. In dottrina, E. Sanjuan y Muñoz, *La recepción por la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo español del derecho angloamericano*, in *InDret*, 1, 2022, pp. 138 ss.; W.F. Carnota, *El "Stare decisis" interno en sede internacional: un problema de "circularidad" y "retroalimentación" de las fuentes del derecho*, in *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, núm. 14, Madrid, 2010, pp. 73-88; M. Stürner, *Tendiendo un puente entre el common law y el derecho continental. ¿constituyen las diferentes metodologías de trabajo un obstáculo contra una mayor armonización del derecho privado europeo?*, in *Revista jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 15, 2007, pp. 177-193.

[46] Osserva S. Rodotà, *Dal soggetto alla persona*, Napoli 2007, p. 20. che "l'inviolabilità della dignità della persona si concretizza nell'inviolabilità del corpo".

[47] P. Stanzione, Intervento*, Convegno "Privacy e neurodiritti: la persona al tempo delle neuroscienze*" – Giornata europea della protezione dei dati 2021, reperibile all'indirizzo, https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/9527139. Peraltro che a genuini interessi di cura si affianchino quelli economici è confermato dalla circostanza che, ad esempio, *Synchron* oltre ad aver acquistato quote azionarie di *Acquadans* (società che produce componenti medicali), sta dirigendo l'attenzione verso il "mercato" più ampio delle persone con paralisi da ictus perché in

(*Precise Robotically Implanted Brain-Computer Interface*) di Neuralink o, ancora, di Synchron.[48]

Un rischio reso sempre più concreto dalla legittimità delle scelte per la costruzione del corpo, alla luce dell'ampliamento dei diritti della persona, che sembra diluire quella componente genuinamente umana e fisica che si fa "condizione imprescindibile affinché l'ordinamento possa assegnare la qualifica di soggetto del diritto".[49]

Smarrimento di confini che non manca di riverberare i suoi effetti nello sport dove l'integrazione di macchine intelligenti all'interno del corpo umano, mettendo in chiaro gli esiti di un collegamento tra uomo e AI, conduce a risultati migliori di quelli ottenibili separatamente.[50] Al netto del suo essere poi stato ammesso alla competizione perché le protesi non potevano considerarsi un vantaggio, il caso Pistorius mostra come le tecnologie che compensano la disabilità, spostino sempre più in avanti le frontiere dell'umano e come, di fatto lo sport si presti ad essere un laboratorio di esplorazione delle potenzialità che robotica e AI offrono. Basti pensare alle *Cybathlon*, Olimpiadi per atleti bionici dove, connettendo sistemi elettronici al corpo umano attraverso protesi e impianti al fine di riparare o migliorare capacità fisiche carenti, sono testate sempre più sofisticate *Assistive Technologies* (AT).

L'era "*cyborg*" trova così nello sport un luogo di sperimentazione che consente di individuare i limiti del corpo umano e testare una serie di invenzioni tecnologiche che sempre più vanno nella direzione di un futuro dove "*human and machines are combining, as a 'device-integrated' human*"[51] fino al punto di mettere in discussione la stessa distinzione fra Olimpiadi e Paralimpiadi.

Dalle mani robotiche presentate a *Rehacare* 2019 che, collegandosi all'arto amputato, riescono a simulare i movimenti dei muscoli sani dell'individuo o ad eseguire azioni preimpostate attivate da smartphone, al controllo mentale degli arti, dalla stampa 3D al *Blindtrack System*[52] – che, attraverso un algoritmo di previsione è in grado di calcolare la

numero maggiore di quelle affette da tetraplegia.

[48] J.J.Han, *Synchron receives FDA approval to begin early feasibility study of their endovascular, brain-computer interface device*, in *Artif. Organs*, 45(10), 2021, pp. 1134-1135; K. Warwick, *The Cyborg Revolution*, in *NanoEthics. Studies of New and Emerging Technologies*, 2014, *passim*.

[49] P. Stanzione, *Capacità e minore età nella problematica della persona umana*, Camerino-Napoli, 1975, pp. 82 ss. In discussione è allora l'individuazione di limiti che consentano di stabilire quando una persona può dirsi "umana". Certo, il rispetto di principi fondamentali quali quelli di dignità, non discriminazione, autonomia, inviolabilità del corpo, *privacy*, può delineare le coordinate dell'ammissibilità di interventi sul corpo umano ispirati a necessità, proporzionalità, finalità. E, tuttavia, non v'è dubbio che l'intervento sul corpo umano faccia sorgere la questione dell'esistenza di un qualche "tratto assoluto, essenziale, o 'indisponibile', cioè non assoggettabile a manipolazione pena lo snaturamento o la disumanizzazione". G.O. Longo, *Passaggi del post-umano*, in *Mondo digitale*, 2013, 45, p. 3.

[50] A.C. Sampedro, *The case of AI in sport: Some ethical concerns at play*, cit., p. 23.

[51] In questa direzione è il progetto della giapponese *Superhuman Sport Academy*. La Rule 144.2 (e) del Regolamento Tecnico Internazionale IAAF introdotta dal Consiglio della IAAF proibisce l'uso "*of any tecnical device that incorporates springs, wheels or any other element that provides the user with an advantage over another athlete not using such a device*". Dal canto suo, il *Mechanical Aids Regulations* (2022) approvato dalla World Athletic (organismo che ha sostituito lo IAAF) nel precisare che scopo del Regolamento è quello di assicurare competizioni eque e favorire l'inclusione stabilisce (Rule 1.1.4) che tutti I "*requirements, processes, and conditions for authorisation and permission of the use of a Mechanical Aid that are established in these Regulations are driven solely by the desire to guarantee fairness within the sport. They are in no way intended as any kind of assault on the dignity of any athlete who uses a Mechanical Aid, and the need to respect and preserve the dignity and privacy of such athletes, and to avoid improper discrimination and stigmatisation on grounds of disability, is paramount*".

[52] È il *Guiding system for visually impaired for running on a track*, cfr., https://cordis.europa.eu/article/id/170254-advanced-guiding-technology-for-visually-impaired-athletes-to-run-alone che permette, attraverso un sofisticato *wearable devise*, al *runner* di percorrere l'anello di atletica.

traiettoria di ciascun corridore e, dunque, consente all'atleta ipovedente di correre senza guida – dispositivi di assistenza avanzati, tra cui protesi robotiche, esoscheletri elettrici e interfacce cervello-*computer* (BCI) mettono in rilevante la progressiva fusione uomo/macchina.

In questo assottigliarsi del *discrimen* fra scopo terapeutico e scopo migliorativo si consuma una "naturalità" della persona che, accanto alla riscrittura in termini "informazionali" della stessa e degli strumenti in grado di assicurare il controllo sui dati relativi a ciò che le persone fanno e vogliono[53], sembra porre in discussione il suo stesso essere, almeno per come è stato finora concepito, invitando il giurista a riscrivere – in un futuro forse non troppo lontano – quei concetti (capacità, soggettività, personalità) tradizionalmente costruiti intorno alla persona umana.

[53] S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, 2021, pp. 32 ss.; A. Las Casas, *Capitalismo dell'informazione e circolazione della ricchezza. Modelli giuridici statunitensi*, Napoli, 2024, *passim*.

Vol. 6 n. 1 (2025) https://doi.org/10.30682/disp0601b

LA FINANZA DI PROGETTO PER LA REALIZZAZIONE ED AMMODERNAMENTO DI IMPIANTI SPORTIVI FRA CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI E NORMATIVA SPECIALE

Giacomo Santi

Ricercatore di Diritto amministrativo e pubblico nell'Università di Bologna

Abstract

Uno dei contenuti più significativi rinvenibili nella disciplina del Decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 38 ("Misure in materia di riordino e riforma delle norme di sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi") riguarda la peculiare disciplina della cd. "finanza di progetto" finalizzata all'ammodernamento ed alla realizzazione di impianti sportivi di proprietà pubblica o comunque insistenti su aree pubbliche. L'istituto è analizzato alla luce della disciplina della finanza di progetto contenuta nel Codice dei contratti pubblici (D.lgs. n. 36/2024) recentemente modificata dal Decreto legislativo n. 209/2024 al fine dare risposta ad una procedura di infrazione della Commissione Europea nell'ambito della quale sono stati sollevati plurimi elementi di contrasto con il diritto europeo.

Parole chiave: Finanza di progetto, Costruzione impianti sportivi, Concessioni

Abstract

One of the most significant contents to be found in the discipline of Legislative Decree No. 38 of February 28, 2021 ("Measures on the reorganization and reform of safety standards for the construction and operation of sports facilities and of the regulations on the modernization or construction of sports facilities") concerns the peculiar discipline of the "project finance" aimed at the modernization and construction of publicly owned sports facilities. The institute is analyzed in the light of the discipline of project finance contained in the Public Contracts Code (Legislative Decree No. 36/2024) recently amended by Legislative Decree No. 209/2024 in order to respond to an infringement procedure of the European Commission under which multiple elements of contrast with European law were raised.

Keywords: Project financing, Construction of sports facilities, Public contracts

1. Finanza di progetto e decreto correttivo al Codice dei Contratti pubblici (Decreto legislativo 31 dicembre 2024): il problema della compatibilità con l'ordinamento unionale.

Uno dei contenuti indiscutibilmente più significativi rinvenibili nella disciplina del Decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 38 ("Misure in materia di riordino e riforma delle norme di

sicurezza per la costruzione e l'esercizio degli impianti sportivi e della normativa in materia di ammodernamento o costruzione di impianti sportivi") riguarda la peculiare disciplina della cd. "finanza di progetto" finalizzata all'ammodernamento ed alla realizzazione di impianti sportivi di proprietà pubblica o comunque insistenti su aree pubbliche.

Intento dichiarato della riforma del 2021 (sulla scorta dei principi e criteri direttivi di cui alla legge di delegazione 8 agosto 2019, n. 86) è proprio la creazione di un quadro normativo idoneo per la programmazione d'investimenti capace anche di attrarre nel mercato della impiantistica sportiva i capitali privati attraverso:

- la semplificazione e accelerazione delle procedure amministrative e la riduzione dei termini procedurali finalizzate prioritariamente agli interventi di recupero e riuso degli impianti sportivi esistenti o di strutture pubbliche inutilizzate;[1]
- l'individuazione di un sistema che preveda la possibilità di affidamento diretto dell'impianto già esistente alla società o associazione utilizzatori, in presenza di determinati requisiti, oggettivi e coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, che assicurino la sostenibilità economico-finanziaria della gestione e i livelli di qualità del servizio.

A tal proposito, si pone la problematica della armonizzazione della disciplina speciale di cui all'art. 4. del citato decreto (che era già stata oggetto di un intervento di adeguamento a seguito dell'entrata in vigore – 1° aprile 2023 – e della successiva intervenuta efficacia – 1° luglio 2023 – del nuovo codice dei contratti pubblici, Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36) rispetto alla significativa riforma dell'istituto della finanza di progetto operata dal Decreto legislativo 31 dicembre 2024, n. 209.[2]

In particolare, con l'art. 48, D.lgs. n. 209/2024 è stato integralmente sostituito l'articolo 193 del nuovo codice dei contratti pubblici, che, come noto, regola l'affidamento dei partenariati pubblico-privati contrattuali (*in primis*, nella forma del contratto di concessione) attraverso appunto la "finanza di progetto", espressione con cui nell'ordinamento nazionale si rappresenta al contempo (ed in un'ottica prettamente economico-finanziaria) una tecnica di finanziamento

[1] Ampia la nozione di "impianto sportivo" recata dall'art. 1, d.lgs. n. 38/2021 definita come "la struttura, all'aperto o al chiuso, preposta allo svolgimento di manifestazioni sportive, comprensiva di uno o più spazi di attività sportiva dello stesso tipo o di tipo diverso» (cd. monovalente /polivalente), «nonché di eventuali zone spettatori, servizi accessori e di supporto»

[2] Amplissima è stata l'attenzione sull'istituto della "finanza di progetto" che la dottrina ha mostrato sin dal suo primo apparire, avvenuto con la legge n. 415/1998 (cd. "Legge Merloni ter"). Fra i tanti contributi si segnalano F. Merusi, *Variazioni pubblicistiche sulla finanza di progetto*, in *Riv. Trim. App*., 1999, n. 2, 223 ss.; S. Scotti Camuzzi, *Il* project financing *nel settore pubblico e la legge Merloni ter*, in *Banca borsa*, 2002, n. 1, 1 ss.; S. Amorosino-R. Sciuto, *Il promotore privato di opere pubbliche*, in A. Bargone-P. Stella R, (a cura di) *Manuale di diritto dei lavori pubblici*, Milano 2001, 594 ss.; F. Caringella-M. Protto, *Il* project financing, in F. Caringella-G. De Marzo (a cura di), *La nuova disciplina dei lavori pubblici*, Milano 2003; G.F. Ferrari, *Finanza di progetto: i profili di diritto costituzionale e comunitario*, in G.F. Ferrari-F. Fracchia (a cura di), Project financing *e opere pubbliche*, Milano, 2004, 11 ss.; F. Fracchia, *Finanza di progetto: i profili di diritto amministrativo*, ivi, 34 ss.; G.F. Cartei, *La finanza di progetto: modello e varianti, in Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009; M.P. Chiti, *Il partenariato pubblico privato e la nuova direttiva concessioni*, in G.F. Cartei, M. Ricchi (a cura di) *Finanza di progetto e Partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2015; C. Malinconico, *Finanza di progetto*, in M.A. Sandulli-R. De Nictolis (a cura di), *Trattato sui contratti pubblici*, Vol. V, Milano 2019, 229 ss.

 doi.org/10.30682/disp0601b

di commesse, per quanto qui interessa, pubbliche (costituendo in questo senso traduzione della locuzione anglosassone "project financing")[3] ed un modello procedimentale di scelta del *partner* nelle operazioni di partenariato pubblico-privato (caratterizzate, per espressa scelta del legislatore nazionale nel D.lgs. n. 36/2023, per l'allocazione in capo al soggetto privato del "rischio operativo connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi – art. 174, comma 1, lett. c – cfr. infra).

Il "project financing" viene peraltro comunemente rappresentato come una soluzione alternativa al finanziamento esclusivo delle opere da parte delle Amministrazioni pubblici o al ricorso unicamente al mercato, offrendo la possibilità di combinare finanziamenti pubblici e privati.[4]

Con la riscrittura dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 sono dichiarati intenti del legislatore sia la messa in pratica degli impegni presi con il Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR al fine di chiarire (per affermati fini promozionali ma con esiti invero dubbi) l'applicazione dello strumento della finanza di progetto ad affermati fini promozionali[5], sia – e questo è il dato che appare maggiormente rilevante – l'introduzione di norme specifiche per garantire trasparenza e pubblicità nella selezione delle proposte di progetti di fattibilità al fine di tenere conto dei rilievi mossi dalla Commissione europea con la procedura d'infrazione INFR (2018)2273.

[3] La locuzione anglosassone "Project financing" non costituisce una categoria strettamente giuridica, rappresentando "una tecnica finanziaria che consente il finanziamento di un'iniziativa attraverso la costituzione di un veicolo *ad hoc*, tecnicamente *Special Purpose Vehicle* (SPV). In quanto tecnica finanziaria, si applica ai progetti con autonoma capacità di generare ricavi, attraverso una struttura contrattuale di allocazione dei rischi con due obiettivi principali: a) limitare gli impegni a carico dei finanziatori (o *sponsor*); b) garantire le ragioni di credito degli *sponsor* mediante i flussi di cassa attesi dal progetto". In tal senso il "Project financing" è stato definito come un'operazione di finanziamento di una particolare unità economica nella quale il finanziatore fa affidamento, sin dallo stadio iniziale, sul flusso di cassa e sugli utili dell'unità economica in oggetto come la sorgente di fondi che consentirà il rimborso del prestito e le attività dell'unità economica come garanzia collaterale del prestito" (P.K. Nevitt, *Project Financing*, Bari, 1998). L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha evidenziato che "sono tre le caratteristiche immanenti di tale operazione: 1. la finanziabilità del progetto, intesa come verifica della produzione dei flussi di cassa sufficienti a coprire i costi operativi, a remunerare il capitale di debito e a garantire un utile agli sponsor quale remunerazione del capitale di rischio; 2. il *ring fencing*, ossia la definizione di un nuovo soggetto, lo *Special Purpose Vehicle* (*Spv)*, al quale vengono affidati i mezzi finanziari per la realizzazione del progetto con contestuale separazione del progetto dal bilancio degli *sponsor* (operazione *off balance*); 3. la costituzione di idonee garanzie, non solo a favore delle banche finanziatrici ('*security package'*)" (così Autorità Nazionale Anticorruzione, determinazione n. 10 del 23 settembre 2015, Linee guida per l'affidamento delle concessioni di lavori pubblici e di servizi ai sensi dell'art. 153 del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163).

[4] Questo strumento si inserisce in modo trasversale tra gli obiettivi del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR), in particolare nelle misure per la concorrenza e nella riforma del settore degli appalti e delle concessioni pubbliche. Di conseguenza, rientra sia nella "M1C2-I1-12 Riforma 2 - Leggi annuali sulla concorrenza" sia nella "M1C1-I73-quinquies Riforma 1.10 - Entrata in vigore di nuove disposizioni giuridiche sul finanziamento dei progetti". Per quanto riguarda la misura "M1C1-73-quinquies Riforma 1.10" sono state introdotte nuove misure con l'obiettivo di migliorare la professionalizzazione, anche attraverso la formazione, e di incentivare l'acquisizione di qualificazioni. Attraverso questa specifica misura si è deciso di riformare il sistema del "project financing" con l'obiettivo di rendere più efficienti gli affidamenti e di incentivare una maggiore concorrenza nell'affidamento delle concessioni.

[5] Così Relazione Illustrativa al "Decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al Codice dei contratti pubblici di cui al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36.

 doi.org/10.30682/disp0601b

("Non conformità del diritto italiano alle Direttive 2014/23/EU, 2014/24/EU and 2014/25/EU, e agli articoli 49 e 56, TFUE") con la quale sono stati eccepiti svariati contrasti fra la disciplina nazionale sui contratti pubblici e la normativa europea.[6] Tre sembrano essere, con riferimento alla disciplina nazionale della finanza di progetto, i principali profili censurati in sede europea:

Oltre alla rappresentata procedura di infrazione, risultano pendenti due questioni interpretative di fronte alla Corte di Giustizia Europea in punto alla compatibilità della disciplina della "finanza di progetto" nazionale (in primis, con riferimento al riconoscimento in capo al promotore del diritto di prelazione all'aggiudicazione) rispetto all'ordinamento unionale in particolar modo sotto il profilo della violazione del principio della parità di trattamento, conseguente alla individuazione del promotore (con attribuzione allo stesso del diritto di prelazione) prescindendo dalla previa individuazione in un documento pubblicato dei criteri di valutazione della proposta: questione peraltro risalente nel tempo e mai definitivamente sopita. Sul punto deve essere *in primis* sottolineato come la Commissione speciale del Consiglio di Stato, nella Bozza di nuovo codice dei contratti pubblici presentata nel dicembre 2022, aveva previsto che, in alternativa al diritto di prelazione, fosse possibile disporre il riconoscimento a favore del promotore di un "punteggio premiale" (cd. "sistema alla cilena"): ciò, peraltro, solo nell'ipotesi di interventi programmati ai sensi dell'art. 175, comma 1, D.lgs. n. 36/2023 e con necessità che detto criterio fosse espressamente prefigurato in sede di programmazione. Ha rilevato sul punto la Commissione speciale del Consiglio di Stato come il sistema della prelazione "data la diversa posizione attribuita al promotore, scoraggia la partecipazione di operatori di altri paesi europei che non hanno familiarità con questo meccanismo, incidendo negativamente sui loro investimento in Italia". Inoltre "questo sistema rischia di generare incentivi perversi secondo cui i concorrenti scelgono di partecipare alla gara e offrire sconti economici con la finalità di comprimere il margine di profitto del promotore. Il risultato di questi sconti potrebbe essere un prezzo inizialmente più vantaggioso per l'amministrazione pubblica, ma con grandi rischi per la qualità della performance nelle fasi successive del progetto. […] Negli studi messi a disposizione dagli economisti si evidenzia che il trattamento favorevole nei confronti del proponente originario è particolarmente significativo anche nei sistemi con bonus points, soprattutto quando il credito d'offerta è elevato. I Paesi che utilizzano sistemi di punteggio premiale fissano i punti bonus a valori generalmente tra il 5 e il 20 per cento dei punti totali che possono essere guadagnati nella valutazione. … Nella pratica questo si traduce nell'introduzione di sistemi di modulabilità del punteggio in base alle caratteristiche del progetto.[…] Pratiche che assegnano premi maggiori a progetti più innovativi, invece, incentivano l'innovatività in quanto stimolano i soggetti privati a investire maggiormente ex-ante in progetti che hanno maggiore possibilità di ricevere il premio legato all'innovazione (Cons. Stato, Comm. spec., Commissione speciale del Consiglio di Stato, nella Relazione del 7 dicembre 2022 agli articoli ed allegati dello Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici"). Vero è che, con ordinanza 7 giugno 2023, n. 5615, la V sezione del Consiglio di Stato ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea questione pregiudiziale in ordine alla possibile contrarietà dell'art. 183, comma 15, D.lgs. n. 50/2016 (per vero speculare, per il profili qui di interesse, all'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 ante Correttivo 2024) "al diritto UE e in particolare ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione contenuti sia nel Trattato che nei principi UE, propri di tutte le procedure comparative, laddove interpretato così da consentire tratta menti discriminatori in una procedura di attribuzione del diritto di prelazione, senza predefinizione dei criteri e comunque senza comunicazione dei medesimi a tutti i concorrenti ma solo ad alcuni di essi, quanto meno al decorso dei tre mesi di urgenza previsti da tale articolo". Deve essere peraltro doverosamente precisato come, in sede di remissione, la Sezione ha espressamente sottolineato come, a suo giudizio, la disposizione in questione non violasse il diritto eurounitario richiamato, mal attagliandosi alla fase di scelta del proponente "la predeterminazione dei criteri di valutazione, presupponente quanto meno la esatta definizione dell'oggetto del procedimento e dunque della proposta". Ciò in quanto, sempre ad avviso della Sezione, "la scelta del promotore di una procedura di finanza di progetto non è un modulo di confronto concorrenziale sottoposto al principio delle procedure di evidenza pubblica, quanto piuttosto uno strumento tramite il quale l'amministrazione definisce di concerto con il privato un obiettivo di interesse pubblico da realizzare". Invero il legislatore del Correttivo 2024 pare – evidentemente "sollecitato" dalla Commissione UE – essere stato di diverso avviso: in termini l'ordinanza che ha sollevato ulteriore questione interpretativa alla Corte di Giustizia (Ordinanza 25 novembre 2024, n. 9449) ove si legge che posto che la disciplina italiana della finanza di progetto:

- garantisce l'aggiudicazione al promotore, anche se l'offerta migliore è stata presentata da altro candidato;

 doi.org/10.30682/disp0601b

1. la possibilità per un operatore economico di presentare proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori o servizi al di fuori di un quadro predefinito dall'Amministrazione e quindi senza garanzia del rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione[7];
2. il riconoscimento del diritto di prelazione a favore del promotore dell'operazione[8];

- per tale motivo non premia necessariamente il soggetto che ha presentato l'offerta preferibile per l'amministrazione, che, altrimenti, non si renderebbe necessario esercitare la prelazione;
- non delimita l'ambito di applicazione dell'istituto, richiedendo che l'oggetto del contratto in gara abbia caratteristiche volte a circoscrivere l'utilizzo dell'istituto, che non siano limitate alla tipologia di finanziamento e alla rispondenza all'interesse pubblico;
- non presuppone il carattere innovativo della proposta, in termini di caratteristica intrinseca dell'oggetto della proposta o di novità dello stesso rispetto alla precedente attività svolta dall'amministrazione;
- non richiede una trasparenza iniziale in ordine alla posizione privilegiata del promotore [….], posto che la prelazione è resa nota con l'avvio della gara successiva alla presentazione della proposta, mentre la posizione privilegiata trova causa in una condotta precedente a detta comunicazione;
- difetta di garanzie e moduli procedimentali in caso vi siano più promotori che presentano una proposta", sussistono motivi "per dubitare che i principi di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi e la direttiva, interpretati alla luce dei principi di proporzionalità, buona amministrazione ed efficienza, nonché l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE, se ritenuta applicabile, ostino alla disciplina della clausola di prelazione contenuta nell'art. 183 comma 15 del D.lgs. 50/2016" (ed all'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 *ante* Correttivo 2024).

[7] Stigmatizzata è stata più precisamente la possibilità per gli operatori economici di presentare spontaneamente proposte definite in tutti gli aspetti (tecnico, prestazionale, contrattuale ed economico-finanziario) fuori da uno schema procedimentale stabilito *ex ante*, a fronte di un ruolo dell'Amministrazione committente ridotto alla facoltà di richiedere *ex post* integrazioni/modifiche del progetto presentato dall'operatore nell'ambito di un dialogo bilaterale anteriore all'approvazione del progetto di fattibilità posto a base della successiva procedura ad evidenza pubblica. Necessario per contro, a giudizio della Commissione, che l'Amministrazione committente assuma un ruolo attivo, volto a delineare, *a priori*, il bisogno pubblico cui si vuole supplire e le caratteristiche essenziali dei lavori e servizi richiesti, oggetto dell'affidamento. Solo a seguito di detta delineazione, l'interazione con gli operatori del mercato potrebbe tradursi in una consultazione trasparente e nel confronto di diverse opzioni, in condizioni di concorrenza effettiva. Per contro, la possibilità per un operatore economico di definire un progetto sotto tutti gli aspetti operativi – e quindi di determinare l'oggetto dell'affidamento – risulta, per la Commissione, già di per sé idonea ad avvantaggiare indebitamente il proponente, rendendolo naturalmente più adatto a realizzare un progetto da lui ideato. Senza contare infine che il meccanismo censurato crea un obbligo per l'eventuale aggiudicatario diverso dal promotore di realizzare un progetto altrui e rappresenta una limitazione discriminatoria della libertà di operatori diversi dal promotore di presentare proposte effettivamente alternative (e non solo varianti migliorative).

[8] Il problema della conformità dell'istituto del diritto di prelazione tradizionalmente contemplato nella disciplina nazionale della finanza di progetto rispetto all'ordinamento unionale non è certo recente, riproponendosi anche a distanza di anni; cfr. sulla questione G. Fidone – B. Raganelli, *Finanza di Progetto e diritto comunitario: compatibilità con il principio di parità di trattamento della c.d. "prelazione" del promotore*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2005, 949 ss. Con l'ultimo procedimento di infrazione europeo citato nel presente elaborato ne viene ribadito il contrasto (qualificato come palese) con i principi di parità di trattamento e non discriminazione, oltre che con la *ratio* della direttiva 2014/23 (direttiva concessioni). La possibilità per l'operatore che ha presentato la proposta progettuale qualificata come di pubblico interesse dall'Amministrazione committente (il promotore) di estromettere il primo aggiudicatario dichiarando semplicemente l'impegno ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte da quest'ultimo (in assenza, peraltro, di qualsiasi discrezionalità dell'amministrazione in merito di tale estromissione) è reputata dalla Commissione UE come tale da sortire, comportando l'assunzione di significativi oneri, un palese effetto disincentivante alla partecipazione alla procedura di gara di operatori economici diversi dal promotore stesso, riducendosi la gara a un mero

 doi.org/10.30682/disp0601b

3. la previsione, nel caso di aggiudicazione ad operatore diverso dal promotore, di un diritto del secondo di vedersi riconosciuto dal primo le spese di predisposizione della proposta.[9]

La nuova disposizione nazionale[10] precisa anzi tutto un aspetto che la previgente norma riconosceva ma senza conferirvi una autonoma valenza (cfr. art. 193, comma 11, D.lgs, n. 36/2023, nel testo anteriore alla novella del 2024).[11] Nel nuovo articolo 193, viene in particolare espressamente riproposta (anche se in termini dissimili rispetto a quanto previsto nel regime di cui all'art. 183 del codice dei contratti pubblici previgente, D.lgs. n. 50/2016) la distinzione fra la figura della finanza di progetto ad iniziativa pubblica (per proposte incluse nella programmazione di cui all'art. 175, comma 1[12]) e quella della finanza di progetto ad iniziativa privata (che può riguardare anche interventi non contemplati nella programmazione): per entrambe le ipotesi vengono introdotti, nell'ambito della disciplina dell'iniziativa, puntuali ed innovativi vincoli di trasparenza in capo ai soggetti aggiudicatori (enti concedenti), in primo luogo nell'ipotesi in cui un operatore economico, prima della presentazione di una formale proposta di finanza di progetto, presenti all'Amministrazione/ente concedente– fatto questo meramente eventuale ma ravvisabile nella prassi- una preliminare manifestazione di interesse relativa ad un data operazione/progetto di partenariato.

Per entrambe le tipologie procedimentali, viene quindi codificata una fase – come detto, meramente eventuale – preliminare a quella di predisposizione e presentazione della rituale proposta che sarà poi oggetto di valutazione di fattibilità (e di dichiarazione di pubblico interesse), nell'ambito della quale, appunto, l'operatore/gli operatori interessato/ti sono legittimati a presentare all'ente concedente una manifestazione di interesse, preliminare e preordinata alla possibile presentazione di un proposta di finanza di progetto. Detta manifestazione di interesse, finalizzata all'assunzione dei necessari elementi conoscitivi sulla possibile operazione, può essere può essere corredata dalla richiesta delle informazioni e dei dati reputati necessari per la elaborazione della proposta.

---

requisito burocratico con scarsa valenza concorrenziale effettiva (considerato che le possibilità concrete di vittoria risultano praticamente nulle).

[9] La previsione, ad opinione della Commissione, costituisce una ulteriore barriera all'ingresso di altri operatori in violazione ancora dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione ispiratori delle direttive in materia di contratti pubblici. In particolar modo considerando che, mentre l'aggiudicatario diverso dal promotore deve farsi carico delle spese per la predisposizione della proposta (comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno), in assenza della predisposizione di un meccanismo imparziale per la quantificazione effettiva di tali spese, il promotore che esercita la prelazione è tenuto solo al pagamento (a favore dell'originario aggiudicatario) di spese soggette ad onere probatorio stringente ("documentate ed effettivamente sostenute").

[10] Per una prima analisi al regime della finanza di progetto introdotto dal d.lgs. n. 209/2024, cfr. L. Limberti, *La nuova finanza di progetto*, in G.F. Cartei -D. Iaria, *Commentario al nuovo Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2025, in corso di pubblicazione.

[11] Il riferimento è al comma 11 dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 (*ante* Correttivo 2024) secondo cui "L'ente concedente può sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare i progetti inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato, di cui all'articolo 175, comma 1, con le modalità disciplinate nel presente Titolo".

[12] Si tratta del "programma triennale delle esigenze pubbliche idonee a essere soddisfatte attraverso forme di partenariato pubblico-privato".

 doi.org/10.30682/disp0601b

Qualora l'ente concedente comunichi all'operatore economico che ha presentato la manifestazione di interesse la sussistenza di un interesse pubblico all'elaborazione della proposta (circostanza questa pressoché scontata nel caso in cui l'intervento sia contemplato nella programmazione), i dati e le informazioni richiesti non sono quindi solo trasmessi all'operatore richiedente ma anche pubblicati, a beneficio di potenziali ulteriori interessati, nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale.

Dopo la fase eventuale della manifestazione d'interesse, la procedura si differenzia a seconda della circostanza che l'iniziativa sia pubblica o privata.

Nel caso di finanza di progetto su iniziativa privata, che prescinde quindi dalla pubblicazione di un avviso pubblico, il procedimento – fatta salva la pre-fase della manifestazione di interesse, meramente eventuale - ha avvio (art. 193, comma 2, come mod.) con la presentazione all'ente concedente da parte di un operatore economico ("in qualità di promotore") di una proposta relativa alla realizzazione tramite concessione (di lavori o servizi) – o altro contratto di partenariato pubblico privato - di interventi come detto anche non inclusi nella programmazione del partenariato pubblico-privato.[13] Con la presentazione della proposta ha quindi avvio la "prima fase di pubblica evidenza" (cd. "fase di valutazione delle proposte")[14], finalizzata all'"individuazione del soggetto che sarà titolato all'esercizio della prelazione" ad esito della seconda fase dell'evidenza pubblica.[15]

Per tentare di dare riscontro alle censure unionali – senza che la soluzione possa invero essere con certezza reputata pienamente soddisfacente - si è inteso quindi bilanciare il mantenimento del tradizionale diritto di prelazione (che sotto il profilo strettamente civilistico è in realtà un diritto di opzione) a favore del "promotore" dell'iniziativa (che a seguito del Correttivo 2024, come si vedrà, è da individuarsi nell'operatore economico "che supera il primo vaglio competitivo" eventualmente anche rispetto ad altri operatori *competitors*, ove presenti - cfr. infra)[16] con meccanismi procedurali che, nelle intenzioni del legislatore, sarebbero finalizzati a garantire trasparenza e pubblicità nell'attribuzione di quell'indiscutibile vantaggio competitivo che è sempre stato il riconoscimento del richiamato diritto di prelazione ad un operatore economico ai fini dell'affidamento del contratto. Quanto ai contenuti di detta proposta di finanza di progetto, rispetto alla formulazione originaria, il D.lgs. n. 209/2024 ha precisato che la stessa deve comprendere - oltre alla bozza di convenzione, al piano economico-finanziario asseverato dell'operazione e la "specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione" - il progetto di fattibilità da redigersi in coerenza con l'articolo 6-bis dell'Allegato I.7, d.lgs. n. 36/2023

[13] Ammissibile ovviamente anche l'ipotesi che più operatori presentino distinte proposte di finanza di progetto relative alla medesima operazione.

[14] Nei seguenti termini la *Relazione Illustrativa* al "Decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al Codice dei contratti pubblici di cui al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36".

[15] Per una ricostruzione dell'istituto anche in un'ottica comparatistica, cfr. M. Ricchi, *Il diritto di prelazione nel codice dei contratti: finanza di progetto, efficienza, law & economics*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2011, 139 ss.

[16] La conferma del riconoscimento del diritto di prelazione è finalizzata ad "incentivare le imprese private a presentare proposte (e progetti) di qualità fin dall'inizio della procedura" (così *Relazione illustrativa*, cit.).

 doi.org/10.30682/disp0601b

(anch'esso di nuova introduzione)[17] e "l'indicazione dei requisiti generali e speciali del promotore". Per assicurare il rispetto del principio di trasparenza, viene innovativamente specificato che della/le proposta/e spontaneamente presentata/e – qualora l'ente concedente ne verifichi la rispondenza all'"interesse pubblico" e la "relativa coerenza con la programmazione di cui all'art. 175, comma 1" - sia data notizia nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale dello stesso ente concedente, che provvede, altresì ad indicare un termine, non inferiore a sessanta giorni e commisurato alla complessità del progetto presentato dal promotore, per la presentazione di proposte relative al medesimo intervento da parte di altri operatori economici (cui è attribuita la qualifica di "proponenti"). Rispetto al regime previgente viene quindi espressamente contemplato non solo un regime di pubblicità delle proposte ma anche un confronto fra la proposta presentata dall'operatore "promotore" e le proposte presentate dagli eventuali operatori cd. "proponenti" al fine della selezione di una o più proposte su cui verterà il proseguo della procedura: nel caso in cui più di uno siano gli operatori che hanno presentato una proposta ai sensi del comma 3, il confronto avverrà sia fra le diverse proposte dagli stessi presentate sia fra queste e le proposte degli operatori "proponenti".[18]

Quanto alle modalità di detta selezione preliminare, la nuova disposizione si limita a precisare che la stessa debba avvenire "in forma comparativa sulla base di criteri che tengano conto della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente" sulla base dei principi di cui al Libro I, Parte I, Titolo I[19], D.lgs. n. 36/2023 e che debba perfezionarsi entro un termine (ragionevolmente ordinatorio) di quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la presentazione delle proposte da parte dei "proponenti". A valle della citata selezione, è previsto, quale adempimento di congiunzione rispetto alla "procedura

[17] "La previsione che la «proposta di fattibilità» presentata nel caso di finanza di progetto ad iniziativa di parte sia semplificata rispetto al progetto di fattibilità tecnico economica ordinaria" è stata contemplata "al fine di evitare che la procedura diventi troppo onerosa per gli operatori privati" (così *Relazione illustrativa*, cit.). Viene disposto in particolare che "per le concessioni di lavori, ai fini della valutazione di fattibilità delle proposte presentate ai sensi dell'articolo 193, il promotore o il proponente presenta un progetto di fattibilità composto almeno dai seguenti elaborati: a) relazione generale; b) relazione tecnica relativa al contesto territoriale nel quale l'opera è inserita, contenente anche una descrizione dell'opera medesima; la relazione è altresì corredata dagli approfondimenti richiesti dal RUP in funzione della natura e dell'ubicazione dell'intervento; c) relazione preliminare di sostenibilità dell'opera; d) elaborati grafici tipologici delle opere (planimetrie, prospetti e sezioni tipo); e) computo metrico estimativo preliminare dell'opera, coerente con gli elaborati grafici tipologici di cui alla lettera d); f) cronoprogramma". Per le concessioni di servizi invece è previsto che "il progetto di fattibilità" sia "composto almeno dai seguenti elaborati a) una relazione tecnico-illustrativa, che identifica gli elementi tecnici, economici e finanziari dell'investimento e specifica i costi del servizio in rapporto alle sue componenti, come identificate nel documento di specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché agli elementi evidenziati nel piano economico finanziario della proposta; b) il cronoprogramma di attuazione dei servizi" (Art. 6-bis, Allegato I.7, D.lgs. n. 36/2023).

[18] La definizione di un termine congruo per la formulazione di proposte alternative è essenziale al fine di garantire il rispetto del principio di parità di trattamento e di concorrenza effettiva, tenuto conto che il promotore non è stato sottoposto a limiti di tempo.

[19] Trattasi dei principi del "risultato" (art. 1), "della fiducia" (art. 2), "dell'accesso al mercato" (art. 3), dei "principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (art. 5), "di solidarietà e di sussidiarietà orizzontale (art. 6), di "autonomia contrattuale" (art. 8); di "conservazione dell'equilibrio contrattuale" (art. 9), "di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione (art. 10), di "applicazione dei contratti collettivi (art. 11).

 doi.org/10.30682/disp0601b

di valutazione" di cui al comma 6, che l'ente concedente pubblichi sul proprio sito istituzionale e comunichi ai "*soggetti interessati*" (si ipotizza siano da individuarsi nelle figure del "promotore" e dei "proponenti") le proposte così selezionate.

A questo punto, l'ente concedente, qualora reputi che l'approvabilità della/delle proposta/ste selezionate necessiti dell'introduzione di modifiche al relativo progetto di fattibilità, piano economico-finanziario e schema di convenzione, inviterà il promotore (e gli eventuali ulteriori proponenti) a procedere di conseguenza, convocando eventualmente conferenza di servizi preliminare ai sensi dell'articolo 14, comma 3, della legge 7 agosto 1990, n. 241 (finalizzata a indicare le condizioni per ottenere i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni, concessioni o altri atti di assenso, comunque denominati, per l'approvazione del relativo progetto di fattibilità) onde verificare preliminarmente la possibilità per il progetto superare l'*iter* approvativo.

L'accoglimento delle modifiche ed integrazioni richieste dall'ente concedente ed il conseguente adeguamento della documentazione (tecnica-economica-contrattuale) della proposta da parte del promotore/dei proponenti nel termine indicato dallo stesso ente concedente è considerato presupposto ineludibile al potenziale accoglimento della proposta stessa. Tanto che, in caso contrario, "le proposte sono respinte con provvedimento motivato" (comma 6).

Fatta salvo quanto sopra, entro il termine di sessanta giorni[20], "differibili fino a novanta giorni per comprovate esigenze istruttorie", deve concludersi, con provvedimento espresso oggetto di pubblicazione e di comunicazione ai "soggetti interessati", la "procedura di valutazione" delle proposte ad esito della quale sarà quindi individuata la proposta che, previa approvazione del relativo progetto ai sensi dell'art. 38, D.lgs. n. 36/2023, sarà oggetto del confronto competitivo finale nella successiva (e conclusiva) "fase dell'affidamento".[21]

L'individuazione di detta proposta dovrà ovviamente svolgersi "in forma comparativa" in caso di "pluralità di proposte ammesse". La disposizione non precisa oltre sulle modalità/criteri attraverso cui detta valutazione comparativa debba avvenire: ragionevolmente i termini di apprezzamento parrebbero essere gli stessi di quelli definiti al comma 5 (maggiore corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente). Elemento di non immediata rispondenza rispetto al quadro unionale in tema di contratti pubblici (considerata la conferma del diritto di prelazione) potrebbe essere invero proprio il laconico riferimento ai sopra citati "criteri" attraverso cui procedere alla valutazione comparativa delle proposte: la piena compatibilità rispetto alla disciplina europea in tema sia di concessioni che di appalti imporrebbe che detti criteri siano definiti (quantomeno in ordine decrescente di importanza) negli atti preliminari della procedura (*in primis* nel bando) onde consentire agli operatori interessati di formulare la propria offerta (o anche solo proposta) conoscendo i profili che saranno oggetto di valutazione.

[20] Non risulta esplicitato quale sia il *dies a quo* da cui calcolare la decorrenza di detto termine. Si può ipotizzare che lo stesso possa differentemente identificarsi a seconda che vi sia stata o meno la presentazione di più di una proposta (ai sensi del comma 3 o del comma 4) relativa alla medesima operazione.

[21] Così *Relazione illustrativa*, cit.

 doi.org/10.30682/disp0601b

Ai fini di suddetta approvazione (ed al successivo inserimento del progetto negli strumenti di programmazione dell'ente) viene disposto che il progetto di fattibilità semplificato oggetto della proposta venga integrato con gli ulteriori elaborati contemplati dall'art. 6 dell'Allegato I.7 (che disciplina i contenuti del progetto di fattibilità tecnico-economica "ordinario").

A seguito del perfezionamento di quanto sopra, la procedura contemplata dal D.lgs. n. 209/2024 tende a riproporre – salvo quanto di seguito precisato - quanto già previsto dalla versione dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2024, *ante* Correttivo 2024.

Pertanto, a seguito dell'approvazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, il progetto di fattibilità tecnica ed economica approvato, unitamente agli altri elaborati della proposta, inclusa una sintesi del piano economico finanziario, sono posti a base di gara nei tempi previsti dalla programmazione[22], con procedura di affidamento da aggiudicarsi sulla base del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto tra qualità e prezzo (art. 108, D.lgs. n. 36/2023)[23] con previsione dell'esercizio del diritto di prelazione riconosciuto al promotore ovvero – precisazione, questa, innovativa discendente dalle nuove peculiarità della fase di valutazione delle proposte - ad un proponente.

Deve quindi essere ribadito come, a seguito della riscrittura dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2023, il diritto di prelazione venga quindi riconosciuto all'operatore che ha presentato il progetto oggetto di approvazione ad esito della "fase di valutazione delle proposte" e quindi posto a base della procedura di affidamento finale: pertanto – elemento innovativo rispetto al previgente regime - l'operatore titolare del diritto di prelazione può non coincidere con l'originario promotore.

Al pari di quanto previsto *ante* Correttivo 2024, in sede di gara, i concorrenti (il promotore o l'eventuale proponente, ed altri operatori *competitors*), in possesso dei requisiti soggettivi previsti dal bando, presentano quindi un'offerta contenente il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, le varianti migliorative al progetto di fattibilità tecnico economica e le eventuali modifiche allo schema di convenzione posti a base di gara, secondo gli indicatori previsti nel bando.

L'aggiudicazione viene disposta a favore "del soggetto che ha presentato la migliore offerta" sulla base degli elementi di valutazione previsti nel bando: entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione "il promotore ovvero il proponente" (del progetto di fattibilità approvato e posto a base della procedura di affidamento) non risultato aggiudicatario, "può esercitare, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario".[24] È peraltro

[22] Gli obblighi di trasparenza sono assolti ai sensi dell'articolo 28, D.lgs. n. 36/2023 nel rispetto delle disposizioni sulla riservatezza di cui all'articolo 35 e delle deroghe relative ai contratti secretati di cui all'articolo 139, D.lgs. n. 3672023 (art. 193, comma 8, D.lgs. n. 36/2023).

[23] "In relazione alla specifica tipologia di lavoro o servizio, l'ente concedente può prevedere criteri di aggiudicazione premiali, volti a valorizzare l'apporto di ciascuna offerta agli obiettivi di innovazione, sviluppo e digitalizzazione" (art. 193, comma 13, D.lgs. n. 36/2023).

[24] "Se il promotore ovvero il proponente non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive

 doi.org/10.30682/disp0601b

vero che la conferma del diritto di prelazione a favore dell'operatore selezionato in esito alla fase preliminare della procedura (promotore o proponente) non gestita nel pieno rispetto della disciplina unionale in tema di contratti pubblici, qualificandosi ancora come vantaggio competitivo attribuito allo stesso, potrebbe ancora apparire come strumento di compensazione non adeguato (o sproporzionato), finendo ancora una volta a disincentivare altri operatori a partecipare alla procedura di gara (senza contare che il promotore/proponente prescelto risulterebbe già sensibilmente avvantaggiato dalla sua approfondita conoscenza pregressa del progetto da lui stesso predisposto).

L'opponibile considerazione secondo cui la *ratio* del diritto di prelazione risiederebbe nella opportunità di promuovere operazioni di partenariato che contemplino investimenti privati per la realizzazione di opere di interesse pubblico, soprattutto a fronte della insussistenza in capo alle amministrazioni delle risorse e competenze tecniche necessarie (ove il diritto di prelazione rappresenterebbe una forma di tutela e remunerazione per l'operatore che si impegni a presentare una documentazione complessa e specifica con assunzione elevati oneri tecnici ed economici) potrebbe non essere invero decisiva in un'ottica strettamente unionale. Potrebbe essere difatti sottolineato come il quadro ordinamentale europeo dei contratti pubblici contempli istituti che – sebbene con ottica e portata dissimile – affrontano le esigenze sopra rappresentate, *in primis* quello delle "consultazioni preliminari di mercato" (art 41, direttiva appalti 2014/24, recepito anche nella disciplina nazionale in tema di appalti pubblici) finalizzato a consentire alle amministrazioni committenti di avere contatti con gli operatori del mercato per la preparazione della documentazione di gara, salvo poi imporre alle stesse di adottare misure adeguate affinché la concorrenza non sia falsata dalla previa partecipazione di un determinato operatore.

E con il non minimale corollario che, nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto del principio di parità di trattamento, il candidato od offerente interessato può essere escluso dalla procedura. Assumendo come riferimento il descritto istituto, non si può non evidenziare (come elemento di stridore) la contrapposizione fra il rimedio, sebbene residuale, previsto dal legislatore europeo (esclusione dell'operatore avvantaggiato), rispetto all'assegnazione al promotore/proponente del progetto a base di gara, di un diritto di opzione sull'aggiudicazione del contratto confermato nella disciplina nazionale della finanza di progetto contenuta nel Decreto Correttivo 2024. Precisato quanto sopra, nella diversa ipotesi di finanza di progetto a iniziativa pubblica (art. 193, commi 16 e 17, d.lgs. n. 36/2023) – caratterizzata da un doppio momento di pubblicità preventiva - è lo stesso ente concedente ad avviare la procedura con la pubblicazione di apposito avviso, finalizzato a sollecitare i privati a farsi promotori di iniziative volte a realizzare in concessione, mediante finanza di progetto, interventi già inclusi negli strumenti di programmazione del partenariato pubblico-privato tramite la presentazione, entro un

anche dei diritti sulle opere dell'ingegno. L'importo complessivo delle spese rimborsabili non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dal progetto di fattibilità posto a base di gara. Se il promotore ovvero il proponente esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore ovvero del proponente, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta nei limiti di cui al terzo periodo" (art. 193, comma 12, d.lgs. n. 36/2023, succ. mod. integr.)

 doi.org/10.30682/disp0601b

termine non inferiore a sessanta giorni, di proposte redatte nel rispetto e con i contenuti contemplati dalle già analizzate disposizioni inerenti la finanza di progetto ad iniziativa privata (spec. art. 193, comma 3, D.lgs. n. 36/2023).

Come già evidenziato, la pubblicazione dell'avviso può essere disposta anche in ragione e conseguenza della presentazione di manifestazioni di interesse da parte di operatori interessati alla presentazione di una proposta ai sensi del comma 2 dell'art. 193.

Considerato peraltro che la presentazione delle proposte avviene in carenza di un progetto di fattibilità da porre a base della procedura, gli operatori economici interessati a rispondere all'avviso possono richiedere all'ente concedente di fornire integrazioni documentali per una migliore formulazione delle proposte, che, oltre ad essere trasmesse al richiedente, sono rese disponibili a tutti gli interessati tramite pubblicazione sul relativo sito istituzionale.

La presentazione della/delle proposta/e riconduce ad unità il procedimento in esame con quello già analizzato della finanza di progetto ad iniziativa privata: ad esito della "fase di valutazione delle proposte" verrà quindi individuato il progetto di fattibilità da approvare (previa integrazione, se necessario) e da porre a base della successiva procedura ad evidenza pubblica di affidamento, aperta anche ad ogni altro operatore in possesso dei requisiti previsti nel relativo bando. Anche nell'ambito di detto procedimento – considerato che lo stesso trova proprio avvio in un avviso pubblico e che la scelta del progetto da approvare deve avvenire in forma comparativa *"*sulla base di criteri che tengano conto della corrispondenza dei progetti e dei relativi piani economici finanziari ai fabbisogni dell'ente concedente" sulla base dei principi di cui al Libro I, Parte I, Titolo I (art. 193, commi 5 e 6, D.lgs. n. 36/2023) - è riconosciuto il diritto di prelazione a favore dell'operatore che ha presentato il progetto selezionato ad esito della prima fase.[25]

2. La finanza di progetto per la realizzazione ed ammodernamento di impianti sportivi nel Decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 38.

2.1 Inquadramento generale ed ambito applicativo. Soggetti attori e pluralità di regimi.

Ai fini dell'analisi delle peculiarità della disciplina di cui al D.lgs. n. 38/2021 deve essere preliminarmente tenuto in conto che, per quanto riguarda le operazioni di finanza di progetto

[25] L'avvio di un procedimento di finanza di progetto ad iniziativa potrebbe consentire agli enti concedenti di indicare nell'avviso pubblico di cui all'art. 193, comma 16 (anche in solo ordine di rilevanza, cfr. art. 185, comma 3, D.lgs. n. 36/2023) i profili/elementi che – ferma restando la centralità della rispondenza della proposta ai fabbisogni dell'ente - costituiranno oggetto di apprezzamento ai fini della selezione e successiva approvazione della proposta, introducendo quindi un ulteriore elemento atto a dissipare ogni dubbio circa il perplesso rispetto al diritto eurounitario dei contratti pubblici ed ai principi di pubblicità, imparzialità e non discriminazione di derivazione UE che, secondo quanto rilevato dalla Commissione UE (già in passato ma da ultimo nella citata procedura d'infrazione INFR (2018)2273.) caratterizzerebbe, come a più riprese sottolineato, la prima fase del procedimento di finanza di progetto (spec. in ragione del riconoscimento all'operatore presentatario della proposta selezionata del diritto di prelazione sull'aggiudicazione).

 doi.org/10.30682/disp0601b

relativi agli impianti sportivi, l'art. 4, comma 11, del citato decreto, dispone che le previsioni del codice dei contratti pubblici di cui al Decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, in materia di finanza di progetto trovano applicazione, "per quanto non diversamente disciplinato", dallo stesso art. 4 del D.lgs. n. 38/2021 che si pone quindi in termini di specialità rispetto alla disciplina generale dell'istituto.

Considerato peraltro che la previsione sopra riportata si confronta con il regime della finanza di progetto *ante* Correttivo 2024 (risalendo le ultime novelle del citato art. 4 al 2023), il rapporto fra normativa generale e speciale e gli elementi di differenziazione fra le due – di cui di seguito si evidenzieranno i tratti essenziali – non può quindi prescindere dalla considerazione dei motivi che, in via prevalente, hanno condotto alla riforma del 2024 dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2025, in *primis* le già sottolineate censure di difformità rispetto all'ordinamento unionale sollevate dalla Commissione UE.

La lettura combinata dell'art. 1, comma 1 ed dell'art. 4 comma1, D.lgs. n. 38/2021 definisce l'ambito operativo – sotto il profilo delle tipologie di interventi assentibili[26] - della finanza di progetto nel settore, che può riguardare sia l'ammodernamento, la ristrutturazione, la costruzione di impianti sportivi ("con particolare riguardo alla sicurezza degli stessi e dei loro fruitori e degli spettatori"), sia, più in generale "tutti gli interventi comunque necessari per riqualificare le infrastrutture sportive non più adeguate alle loro esigenze funzionali".

Caratteristica essenziale, per la ricomprensione di uno o più di detti interventi in un'operazione di "finanza di progetto" ai sensi del D.lgs. n. 38/2021 è la loro necessaria riferibilità ad impianti sportivi da realizzare (o esistenti) su aree di proprietà pubblica o ad impianti pubblici esistenti (art. 4, comma 11, D.lgs. n. 38/2021).

Sono quindi equiparati, ai fini dell'applicazione del regime di cui all'art. 4, comma 11, sia gli interventi su (o relativi a) impianti di proprietà pubblica sia quelli relativi ad impianti di proprietà privata ma insistenti su area pubblica (in forza, ad esempio, della costituzione a favore del *partner* privato di un diritto di superficie sulla stessa area) sia la realizzazione di nuovi impianti su area destinata al patrimonio pubblico a seguito di espropriazione. Con formula invero oscura, sono peraltro ricompresi nell'ambito applicativo della disciplina speciale sulla "finanza di progetto" relativa all'impiantistica sportiva anche gli interventi contemplati "nelle ipotesi espressamente previste dal d.lgs. n. 36/2023".

Non è escluso che con detta invero non felice espressione il legislatore abbia voluto in qualche modo comprendere interventi relativi ad impianti privati ma significativamente sovvenzionati dalla mano pubblica[27]: fattispecie questa non espressamente contemplata dal vigente codice dei contratti pubblici (mentre risultava prevista all'art. 1, comma 2, lett. a del previgente D.lgs.

[26] Nel presente lavoro ci si soffermerà esclusivamente sull'utilizzazione della finanza di progetto per la realizzazione di interventi di tipo edilizio/impiantistico: ci si permette di ricordare come il medesimo strumento posso essere utilizzato anche ai fini della mera gestione di un impianto sportivo (eventualmente comprensiva della esecuzione di interventi manutentivi accessori).

[27] Sul punto cfr. *infra* la specifica previsione di cui al comma 12 dell'art. 4, D.lgs. n. 38/2021.

 doi.org/10.30682/disp0601b

n. 50/2016)[28], ma comunque riconosciuta – nei limiti ivi definiti - dalla normativa unionale (spec. art. 13, Direttiva 2014/24/UE).[29] Precisato quanto sopra, costituiscono in ogni caso interventi da reputarsi prioritari quelli da realizzarsi mediante recupero di impianti esistenti o relativamente a impianti localizzati in aree già edificate (art. 4 comma 11, D.gs. n. 38/2021).[30]

L'analisi della normativa speciale può quindi focalizzarsi sul profilo dei soggetti che possono assumere il ruolo di proponente, inteso, nella disciplina del D.lgs. n. 38/2021, come il soggetto che presenta la proposta inerente all'operazione.[31]

In primo luogo, la normativa contempla come possibile proponente "il soggetto che intende realizzare l'intervento" che può presentare la proposta anche "di intesa con una o più delle Associazioni o Società sportive dilettantistiche o professionistiche utilizzatrici dell'impianto".

Ferma restando la possibilità eventuale di previa intesa con l'Associazione/Società sportiva utilizzatrice, qualunque operatore può quindi assumere il ruolo di proponente, salvo ovviamente il possesso dei requisiti di ordine generale (art. 94-98, d.lgs. n. 36/2023), di idoneità professionale e di capacità economica e tecnici richiesti al promotore-proponente nella disciplina sulla finanza di progetto di cui al Codice dei contratti pubblici (in tal senso l'art. 4, comma 6, secondo periodo, D.lgs. n. 38/2021). In questo caso, la proposta sarà oggetto di un procedimento che sfocerà in un confronto competitivo fra proponente (in qualità di "promotore") e potenziali *competitors* disciplinato dal comma 11 del citato art. 4, D.lgs. n. 38/2021 e dal D.lgs. n. 36/2023 per quanto, come detto, non diversamente disciplinato dal suddetto art. 4, con previsione di diritto di prelazione in capo al primo (cfr. *infra*). In secondo luogo – elemento di chiara specialità rispetto alla prima ipotesi comunque collocata, con le precisazioni di cui si dirà, nell'alveo della disciplina generale della finanza di progetto – la proposta può essere presentata anche dalla sola Associazione o Società sia dilettantistica che professionistica utilizzatrice dell'impianto (art. 4, comma 12, D.lgs. n. 38/2021); prescindendo quindi da accordi di *partnership* con altri operatori. In questa ipotesi il legislatore parrebbe introdurre una importante (quanto discutibile, per lo meno sotto alcuni aspetti, sotto il profilo della conformità rispetto all'ordinamento

[28] Sulla questione della mancata previsione nella disciplina del D.lgs. n. 36/2023 di una specifica disciplina dei contratti sovvenzionati cfr. ANAC, Atto di Segnalazione del 18 ottobre 2023, "Concernente l'articolo 13 e l'allegato II.4, articolo 2, comma 2, del decreto legislativo 31/3/2023, n. 36".

[29] La disciplina unionale sugli appalti è estesa anche ai contratti "sovvenzionati direttamente in misura superiore al 50% da amministrazioni aggiudicatrici e il cui valore stimato, al netto dell'IVA, sia pari o superiore a 5 538 000 EUR, nel caso in cui tali appalti comportino una delle seguenti attività: […] ii) lavori di edilizia relativi a [….] impianti sportivi, ricreativi e per il tempo libero".".

[30] La previsione si colloca nel più ampio quadro della valorizzazione di beni pubblici; proprio con riferimento alle infrastrutture sportive, cfr. L. Coen-E. Zorino, *Ristrutturazione e gestione di un impianto sportivo: un caso di valorizzazione "atipica"*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2016, 43, ss. in generale sulla nozione e portata della "valorizzazione", cfr., fra gli altri, L. Mercati, *La collaborazione tra pubblico e privato nella gestione e nei processi di valorizzazione del patrimonio pubblico*, in F. Mastragostino (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo. Dinamiche e modelli di partenariato in base alle recenti riforme*, Torino, 2011, 481 ss.; ID., *Pubblico e privato nella valorizzazione del patrimonio immobiliare*, Torino, 2009.

[31] Risulta comunque compatibile con il regime speciale la (eventuale) presentazione di "manifestazioni di interesse" preliminari alla presentazione della proposta contemplata dall'art. 193, comma 2, D.lgs. 36/2023 come modificato dal Correttivo 2024.

 doi.org/10.30682/disp0601b

unionale) , deroga rispetto alla disciplina sopra illustrata, escludendo, sembra anche ai fini del perfezionamento del rapporto, l'applicazione del comma 11 dell'art. 4, nonché delle "previsioni del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36" e degli "altri riferimenti al codice dei contratti pubblici di cui al presente decreto". Ove si intendesse assumere la riportata deroga nella sua più ampia accezione potrebbe essere quindi sostenuto che, a fronte di una proposta formulata da un'Associazione/Società sportiva (anche professionistica!)) relativa ad un impianto dalla stessa utilizzato, si potrebbe prescindere da qualsivoglia confronto competitivo con altri potenziali *competitors* (cfr. *infra*). Ciò sempre che l'operazione – se di un certo rilievo economico - non contempli una significativo apporto di capitali pubblici: viene espressamente disposto difatti che l'amplissimo regime di deroghe sopra descritte non operi (con riespansione quindi, anche in questa ipotesi, della disciplina di cui al comma 11 ed al codice dei contratti pubblici) nel caso in cui i lavori oggetto dell'intervento oggetto della proposta risultino di importo superiore ad 1 milione di euro e le sovvenzioni pubbliche dirette riconosciute a favore dell'Associazione/Società sportiva superino il 50% di detto importo (periodo 5 del comma 12)[32]. Una lettura più prudente dalla fattispecie di cui al comma 12 potrebbe peraltro limitare la portata delle deroghe agli affidamenti dei lavori disposti dall'Associazione/Società sportiva in sede esecutiva a valle del perfezionamento del procedimento (periodo 4 del comma 12): detta lettura peccherebbe peraltro di congruenza sotto un profilo sistematico laddove è la stessa disposizione del comma 12 periodo 4 a contemplare un regime di deroghe specifico relativo agli affidamenti della Associazione/Società sportiva cui l'operazione viene imputata ("Tranne nei casi tassativamente previsti dall'ordinamento dell'Unione europea per le sole opere di urbanizzazione, le Società e le Associazioni sportive possono procedere liberamente all'affidamento dei lavori").

Salve, le deroghe espressamente disposte dal comma 12 e le specifiche previsioni in esso contenute anche a questa fattispecie trovano comunque applicazione le "misure di semplificazione e di incentivazione" di cui all'art. 4 (su cui *infra*), ovviamente applicabili anche nel caso in cui il proponente non sia una Associazione/Società sportiva (dilettantistica o professionistica) utilizzatrice dell'impianto.

Vengono infine individuati fra i possibili soggetti promotori degli interventi di cui all'art. 4, D.lgs. n. 38/2021, "gli investitori istituzionali di cui all'articolo 32, comma 3, del Decreto-legge 31 maggio 2010, n. 78, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 2010, n. 122, nonché i soggetti di cui all'articolo 2, numero 3), del Regolamento (UE) 2015/1017 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 giugno 2015 e l'Istituto per il Credito Sportivo" (art. 4, comma 18 bis).

In tal caso, "fermo il regime di maggiore semplificazione previsto dalla normativa vigente, trovano" comunque "applicazione, in relazione ad interventi su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti le disposizioni di cui agli articoli 193 e seguenti del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36" (con equiparazione quindi alla

[32] Trattasi di disposizione retaggio di quanto disposto dall'articolo 1, comma 2, lettera a), del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, abrogato dal D.lgs. n. 36/2023.

 doi.org/10.30682/disp0601b

prima fattispecie di proponente sopra prospettata, salve le peculiarità in punto di qualificazione degli investitori istituzionali contemplate dall'art. 198, comma 3, D.lgs. n. 36/2023).[33]

Salva, probabilmente, l'ipotesi enunciata dal comma 12 (proposte formulate da Associazioni/Società dilettantistiche/professionistiche utilizzatrici di un impianto che contemplano lavori di importo inferiore ad 1 milione di euro o che, sebbene di importo superiore, non prevedano il riconoscimento a favore dell'Associazione/Società sportiva di sovvenzioni pubbliche dirette superiori al 50% dell'importo complessivo dei lavori stessi), le operazioni oggetto di proposta ai sensi dell'art. 4 sono assoggettate alla disciplina prevista dall'art. 9 e dagli artt. 174 ss. D.lgs. n. 36/2023, relativi all'allocazione dei rischi e al raggiungimento dell'equilibrio economico finanziario nelle concessioni (art. 4, comma 2). Se da un lato quindi suddette operazioni dovranno essere caratterizzate dall'assunzione, da parte del proponente/operatore realizzatore del "rischio operativo" di natura economica connesso alla realizzazione dei lavori o alla gestione dei servizi, che può comportare l'eventualità del mancato recupero in condizioni operative normali degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti per realizzare i lavori o per prestare i servizi oggetto dell'operazione[34], troverà al contempo applicazione il principio di conservazione dell'equilibrio contrattuale (art. 9, d.lgs. n. 36/2023) secondo cui ove sopravvengano "circostanze straordinarie e imprevedibili, estranee alla normale alea, all'ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato e tali da alterare in maniera rilevante l'equilibrio originario del contratto, la parte svantaggiata, che non abbia volontariamente assunto il relativo rischio, ha diritto alla rinegoziazione secondo buona fede delle condizioni contrattuali".[35]

---

[33] "Gli investitori istituzionali di cui all'articolo 193, comma 1, quarto periodo, anche al di fuori della finanza di progetto, possono partecipare alla gara, associandosi o consorziandosi con operatori economici in possesso dei requisiti per l'esecuzione dei lavori o dei servizi, qualora gli stessi ne siano privi. Gli investitori istituzionali possono soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale avvalendosi, anche integralmente, delle capacità di altri soggetti. Gli investitori istituzionali possono altresì subappaltare, anche interamente, le prestazioni oggetto del contratto di concessione a imprese in possesso dei requisiti richiesti dal bando, a condizione che il nominativo del subappaltatore venga comunicato, con il suo consenso, all'ente concedente entro la scadenza del termine per la presentazione dell'offerta" (art. 198, comma 3, D.lgs. n. 36/2023).

[34] Il "rischio operativo" deve essere inteso "come rischio di" (reale) "esposizione alle fluttuazioni del mercato, che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta ovvero contestualmente da un rischio sul lato della domanda e sul lato dell'offerta", comunque al di fuori del controllo delle parti, "tale per cui ogni potenziale perdita stimata, subita dal concessionario non sia puramente nominale o trascurabile" (art. 5, par. 1, direttiva 2014/23/UE). Il "rischio operativo", il cui trasferimento all'operatore economico caratterizza, può quindi appalesarsi, alternativamente o anche cumulativamente (art. 5, par. 1, direttiva 2014/23/UE) come: – "rischio sul lato della domanda" e quindi come rischio associato alla domanda effettiva di lavori o servizi che sono oggetto del contratto; – "rischio sul lato dell'offerta", qualificato come rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto; in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda. Per un'approfondita analisi sulle svariate posizioni dottrinali in merito alla qualificazione del rischio operativo sul lato dell'offerta, cfr., fra gli altri, G.F. Cartei, *Rischio e disciplina negoziale nei contratti di concessione e di partenariato pubblico-privato*, , in G.F. Cartei, M. Ricchi, *Finanza di Progetto e Partenariato Pubblico-Privato*, Napoli, 2015, 37 ss. 601 ss.; F. Goisis, *Il rischio economico quale proprium del concetto di concessione nella direttiva 2014/23/UE: approccio economico versus visioni tradizionali*, in *Dir. amm*., 2015, 751 ss.

[35] Come sottolineato dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato nella Relazione allo Schema di Codice dei contratti pubblici del 7 dicembre 2022, cit., con l'art. 9 è stata introdotta una significativa innovazione "che

 doi.org/10.30682/disp0601b

Pur sempre nei limiti del ripristino dell'originario equilibrio del contratto oggetto dell'affidamento "senza alterarne la sostanza economica".[36]

trova ancoraggio nelle finalità sottese a vari principi e criteri della legge delega (ed attraverso la quale si è inteso codificare una disciplina generale da applicare per la gestione delle sopravvenienze straordinarie e imprevedibili considerate dalla disposizione, tali da determinare una sostanziale alternazione nell'equilibrio contrattuale. La norma regola il fenomeno identificato nella prassi internazionale con il termine hardship e riconosciuto da diversi sistemi giuridici (*frustration of purpose*, *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, *imprévision*, eccessiva onerosità sopravvenuta), da tempo oggetto di considerazione nella regolazione dei rapporti privati internazionali. A venire in rilievo, sono contratti pubblici connotati dalla conformazione in ragione delle finalità di pubblico interesse perseguite che restano immanenti al contratto e al rapporto che ne scaturisce, con conseguente esclusione della possibilità di accedere a una integrale trasposizione delle regole civilistiche e necessità di favorire il raggiungimento di un giusto punto di equilibrio idoneo a preservare tali interessi assicurando al tempo stesso adeguata ed effettiva tutela agli operatori economici, nella consapevolezza anche della convergenza di tale tutela con altri interessi generali di primario rilievo (stabilità economica, sociale, occupazionale, ecc.) suscettibili di essere pregiudicati in situazioni di hardship. L'articolo, dunque, mira a disciplinare le sopravvenienze che possono verificarsi nel corso dell'esecuzione del contratto, alterandone l'equilibrio originario o facendo venir meno, in parte o temporaneamente, interesse del creditore alla prestazione. Viene, in tal modo, introdotto un rimedio manutentivo del contratto, maggiormente conforme all'interesse dei contraenti – e dell'amministrazione in particolare – in considerazione dell'inadeguatezza della tutela meramente demolitoria apprestata dall'art. 1467 c.c. La disposizione nell'introdurre un generale rimedio di natura legale per la gestione delle sopravvenienze perturbative dell'equilibrio originario delle prestazioni contrattuali, ha un duplice contenuto: definisce le sopravvenienze rilevanti ai fini dell'applicazione della norma e sancisce il diritto alla rinegoziazione della parte svantaggiata al quale, dunque, corrisponde un obbligo della controparte. Per quanto attiene al primo aspetto, coerentemente con la portata generale della previsione, la disposizione reca riferimento ad eventi che integrano determinati requisiti:

- deve trattarsi di eventi straordinari e imprevedibili;
- i rischi concretizzati da tali eventi non devono essere stati volontariamente assunti dalla parte pregiudicata dagli stessi;
- tali eventi devono determinare una alterazione rilevante dell'originario equilibrio del contratto e non devono essere riconducibili alla normale alea, alla ordinaria fluttuazione economica e al rischio di mercato.

La disposizione specifica, quindi, quali sono le sopravvenienze da cui sorge il diritto alla rinegoziazione, precisando che, oltre che sopravvenute e imprevedibili, devono essere estranee anche al normale ciclo economico, integrando uno shock esogeno eccezionale e imprevedibile. Essa deve, pertanto, essere interpretata restrittivamente e richiede un rilevante squilibrio tra le prestazioni, da valutarsi alla luce delle concrete circostanze e dello specifico contenuto negoziale. È necessario, poi, che tali rischi non siano stati volontariamente assunti dalla parte, sebbene non sia necessaria una assunzione espressa. Solo ove risultino integrati tutti i requisiti indicati nel primo comma della disposizione viene riconosciuto alla parte svantaggiata, sulla quale grava, conformemente alle regole generali, l'onere di fornire i relativi elementi a comprova, il diritto alla rinegoziazione. Nel richiedere la rinegoziazione la parte svantaggiata deve conformarsi al generale principio di buona fede, con un contegno che dovrà essere riguardato anche nella considerazione della particolare qualificazione dei soggetti interessati, sia che si tratti degli operatori economici sia che si tratti della parte pubblica.

[36] "La rinegoziazione ha l'esclusiva finalità di ripristinare l'originario equilibrio del contratto, avuto riguardo al complesso degli atti alla base della costituzione del rapporto e con considerazione, quindi, anche del bando e del provvedimento di aggiudicazione. La finalità è, dunque, quella di circoscrivere la libertà dei contraenti: l'accordo di rinegoziazione non solo deve avere ad oggetto il mero ripristino dell'equilibrio contrattuale originario, ma deve essere precipuamente volto a non alterarne la sostanza economica, in modo da evitare un'elusione delle regole della procedura ad evidenza pubblica" (così Comm. Spec. Cons. Stato, Relazione, cit.).

 doi.org/10.30682/disp0601b

2.2 La prima fase. La presentazione del Documento di fattibilità delle alternative progettuali, la conferenza di servizi preliminare e la (eventuale) dichiarazione di pubblico interesse.

Premesso quanto sopra, tratti comuni della disciplina speciale di cui all'art. 4 per tutte le ipotesi da esso contemplate sono i seguenti:

- il procedimento ha avvio, salva possibile presentazione di manifestazioni di interesse a fini informativi di cui all'art. 193, comma 2, succ. mod., con i conseguenti obblighi di pubblicità, con la presentazione non del "progetto di fattibilità tecnico-economica" (PFTE), ma del "Documento di fattibilità delle alternative progettuali" (DOCFAP) predisposto ai sensi dell'Allegato I.7 D.lgs. n. 36/2023 (spec. art. 2), corredato da un Piano economico-finanziario[37], finalizzato all'individuazione, tra più soluzioni, quella che presenta il miglior rapporto tra costi e benefici per la collettività, in relazione alle specifiche esigenze da soddisfare e prestazioni da fornire[38], nonché "da un elaborato volto ad illustrare il rispetto dei principi della sostenibilità economica, territoriale, ambientale e sociale dell'intervento e dell'impatto sociale del medesimo e da un documento recante sintesi dei principali termini e condizioni volti a regolare i rapporti tra soggetto affidatario ed amministrazione" (art. 4, comma 1, D.lgs. n. 38/2021). Ci si potrebbe peraltro chiedere, anche alla luce degli ulteriori passaggi procedimentali che verranno evidenziati successivamente, se la scelta del legislatore speciale di prevedere sempre e comunque (e quindi anche di intervento già previsto nella programmazione)) che il procedimento abbia avvio con la presentazione del DOCFAP (e non direttamente con il "progetto di fattibilità tecnico-economica" – magari semplificato - come nella disciplina ordinaria della finanza di progetto di cui all'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 – cfr. sub par. 1) sortisca effettivamente quell'effetto semplificatorio auspicato dalla legge di delegazione;
- nel caso di intervento su impianto preesistente da dismettere, il DOCFAP può prevederne la demolizione e ricostruzione, anche con volumetria e sagoma diverse, ai sensi

[37] Come nel caso di finanza di progetto ex art. 193, D.lgs. n. 36/2023, Il Piano Economico Finanziario (PEF) è il documento che esplicita i presupposti e le condizioni di base che determinano l'equilibrio economico-finanziario degli investimenti e della connessa gestione per l'intera durata del contratto. Esso si sviluppa attraverso un sistema di conti interdipendenti che permette di valutare la convenienza economica di un progetto d'investimento e la capacità del progetto di rimborsare il debito e di remunerare il capitale di rischio. Il PEF costituisce, inoltre, lo strumento che consente di stimare la redditività del progetto, giustificando l'entità di tariffe o di canoni proposti, nonché l'eventuale necessità di contributi pubblici in conto investimenti a fronte della realizzazione del progetto.

[38] Il DOCFAP è, nella normativa generale dei contratti pubblici, un documento che precede la progettazione di fattibilità in cui sono individuate ed analizzate le possibili soluzioni progettuali alternative ed in cui si dà conto della valutazione di ciascuna alternativa, sotto il profilo qualitativo, anche in termini ambientali, nonché sotto il profilo tecnico ed economico. Se nella disciplina del d.lgs. n. 36/2023 (art. 37, comma 2) lo stesso deve essere obbligatoriamente predisposto solo "nel caso di lavori di importo pari o superiore alla soglia di rilevanza europea di cui all'articolo 14, comma 1, lettera a)" ai fini del loro inserimento nella programmazione triennale (con l'eccezione dei lavori di manutenzione ordinaria) – e comunque non è contemplato nella peculiare normativa sulla finanza di progetto, nella disciplina speciale sull'impiantistica sportiva di cui all'art. 4, d.lgs. n. 38/2021, la redazione e presentazione dello stesso è stata assunto come necessitato momento necessario (indipendentemente dal valore dell'investimento) da cui si dipana la procedura di approvazione del progetto e conclusione del rapporto negoziale con il soggetto realizzatore.

 doi.org/10.30682/disp0601b

dell'articolo 3, comma 1, lettere d) ("interventi di ristrutturazione edilizia")[39], e f) ("interventi di ristrutturazione urbanistica")[40], del D.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, comunque nel rispetto della disciplina urbanistica vigente sull'area[41];

- fatto salvo il rispetto delle misure di sicurezza antincendio, "in caso di ristrutturazione o di nuova costruzione di impianti sportivi con una capienza inferiore a 500 posti al coperto o a 2.000 posti allo scoperto", è possibile prevedere, "all'interno dell'impianto sportivo, in deroga agli strumenti urbanistici e ai regolamenti delle regioni e degli enti locali", la destinazione "fino a 200 metri quadrati della superficie utile ad attività di somministrazione di alimenti e bevande, aperta al pubblico nel corso delle manifestazioni sportive ufficiali e durante gli allenamenti, e fino a 100 metri quadrati della superficie utile al commercio di articoli e prodotti strettamente correlati alla disciplina sportiva praticata" (comma 15, art. 4, D.lgs. n. 38/2021).
- a fini promozionali, il DOCFAP può "prevedere il pieno sfruttamento a fini commerciali, turistici, educativi e ricreativi di tutte le aree di pertinenza dell'impianto in tutti i giorni della settimana";
- il DOCFAP, nell'ipotesi di impianti pubblici omologati per una capienza superiore a 16.000 posti, "può prevedere che, a far tempo da cinque ore prima dell'inizio delle competizioni ufficiali e fino a tre ore dopo la loro conclusione, entro 300 metri dal perimetro dell'area riservata, l'occupazione di suolo pubblico per attività commerciali sia consentita solo all'associazione o alla società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto sportivo", con correlata sospensione nella stessa giornata e per lo stesso periodo di tempo delle autorizzazioni e le concessioni di occupazione di suolo pubblico già rilasciate ad altri soggetti all'interno di dette aree (art. 4, comma 2, d.lgs. n.

[39] Sono definiti "d) «interventi di ristrutturazione edilizia», gli interventi rivolti a trasformare gli organismi edilizi mediante un insieme sistematico di opere che possono portare ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente. Tali interventi comprendono il ripristino o la sostituzione di alcuni elementi costitutivi dell'edificio, l'eliminazione, la modifica e l'inserimento di nuovi elementi ed impianti. Nell'ambito degli interventi di ristrutturazione edilizia sono ricompresi altresì gli interventi di demolizione e ricostruzione di edifici esistenti con diversi sagoma, prospetti, sedime e caratteristiche planivolumetriche e tipologiche, con le innovazioni necessarie per l'adeguamento alla normativa antisismica, per l'applicazione della normativa sull'accessibilità, per l'istallazione di impianti tecnologici e per l'efficientamento energetico. L'intervento può prevedere altresì, nei soli casi espressamente previsti dalla legislazione vigente o dagli strumenti urbanistici comunali, incrementi di volumetria anche per promuovere interventi di rigenerazione urbana. Costituiscono inoltre ristrutturazione edilizia gli interventi volti al ripristino di edifici, o parti di essi, eventualmente crollati o demoliti, attraverso la loro ricostruzione, purché sia possibile accertarne la preesistente consistenza".

[40] Sono definiti "f) «interventi di ristrutturazione urbanistica», quelli rivolti a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso, mediante un insieme sistematico di interventi edilizi, anche con la modificazione del disegno dei lotti, degli isolati e della rete stradale".

[41] Tema centrale nell'ambito delle problematiche relative agli interventi infrastrutturali su impianti sportivi italiani è quello della sussistenza di vincoli storico-artistici; cfr. sul punto, G. Garzia, *L'ammodernamento degli stadi di interesse culturale. Il caso dello stadio "Meazza" di Milano*, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia*, 2023, 409 ss.

 doi.org/10.30682/disp0601b

38/2023).[42] Nell'ipotesi di impianti sportivi pubblici omologati per una capienza compresa tra 5.000 e 16.000 posti, la facoltà sopra contemplata trova applicazione entro 150 metri dal perimetro dell'area riservata, restando ferme e impregiudicate, in questa distinta ipotesi, la validità e l'efficacia delle autorizzazioni e delle concessioni di occupazione di suolo pubblico già rilasciate".

- nello stesso DOCFAP – e fatta salva l'allocazione del rischio operativo in capo al soggetto proponente - lo stesso (che sia Associazione/Società sportiva o meno) può inoltre proporre, ove reputata necessaria "ai fini del raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa o della valorizzazione del territorio in termini sociali, occupazionali, economici, ambientali e di efficienza energetica", anche "la costruzione di immobili con destinazioni d'uso diverse da quella sportiva" sempre che "siano complementari o funzionali al finanziamento o alla fruibilità dell'impianto sportivo" e compresi "nell'ambito del territorio urbanizzato comunale"[43]. Con il D.lgs. n. 120/2023 è stato eliminato il requisito della contiguità: detti immobili, quindi, possono essere localizzati in aree non contigue all'impianto sportivo oggetto di costruzione o di ristrutturazione dell'impianto sportivo. Resta ferma – anche a seguito delle modifiche di cui al citato D.lgs. n. 120/2023 - la preclusione alla "realizzazione di nuovi complessi di edilizia residenziale"; ancora al fine di "assicurare il raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa" (da intendersi ragionevolmente come contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria[44]) nonché per "assicurare adeguati livelli di bancabilità e l'eventuale

[42] In tal caso è previsto a carico a carico dell'associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto sportivo di un onere di indennizzo a favore dei titolari delle autorizzazioni/concessioni, salvi diversi accordi tra il titolare e la medesima associazione o società sportiva (art. 4, comma 4, D.lgs. n. 36/2023).

[43] L'area del territorio urbanizzato è definita dalla pianificazione urbanistica generale comunale.

Esemplificativamente, l'art. 32, della L.R. Emilia Romagna, 21 dicembre 2017, n. 24 dispone che il Piano Urbanistico generale "PUG, individua il perimetro del territorio urbanizzato, il quale comprende: a) le aree edificate con continuità a prevalente destinazione residenziale, produttiva, commerciale, direzionale e di servizio, turistico ricettiva, le dotazioni territoriali, le infrastrutture, le attrezzature e i servizi pubblici comunque denominati, i parchi urbani nonché i lotti e gli spazi inedificati dotati di infrastrutture per l'urbanizzazione degli insediamenti; b) le aree per le quali siano stati rilasciati o presentati titoli abilitativi edilizi per nuove costruzioni o siano state stipulate convenzioni urbanistiche attuative; c) i singoli lotti di completamento individuati dal piano vigente alla data di entrata in vigore della presente legge e collocati all'interno delle aree edificate con continuità o contermini alle stesse; d) i lotti residui non edificati, dotati di infrastrutture per l'urbanizzazione degli insediamenti in quanto facenti parte di un piano urbanistico attuativo, comunque denominato, attuato o in corso di completamento. Non fanno parte del territorio urbanizzato: a) le aree rurali, comprese quelle intercluse tra più aree urbanizzate aventi anche un'elevata contiguità insediativa; b) l'edificato sparso o discontinuo, collocato lungo la viabilità e le relative aree di pertinenza e di completamento; c) le aree permeabili collocate all'interno delle aree edificate con continuità che non siano dotate di infrastrutture per l'urbanizzazione degli insediamenti; d) le aree di pertinenza delle infrastrutture per la mobilità, collocate al di fuori delle aree edificate con continuità".

[44] Per "convenienza economica" si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato al capitale investito; per "sostenibilità finanziaria" si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento.

 doi.org/10.30682/disp0601b

coinvolgimento degli operatori bancari e finanziari pubblici e privati"[45], il DOCFAP può infine prevedere a favore del proponente (alternativamente o cumulativamente):

a) il riconoscimento di un "prezzo". Trattasi di termine non da intendersi – seguendo la disciplina di derivazione europea in tema di contratti di concessione - quale corrispettivo/controprestazione per le prestazioni eseguite nell'ambito di un rapporto di natura sinallagmatica ma come contributo finanziario a supporto dell'equilibrio della sostenibilità economico finanziaria dell'operazione;

b) il rilascio di garanzie, misure di sostegno da parte del comune o di altre amministrazioni o enti pubblici;

c) la cessione del diritto di superficie sull'area occupata (o su cui è localizzata la realizzazione) dall'impianto (con ogni effetto ex lege sulla proprietà dello stesso) o del diritto di usufrutto sull'impianto;

d) la cessione del diritto di superficie o del diritto di usufrutto di altri immobili di proprietà della pubblica amministrazione;

e) il trasferimento della proprietà della stessa area/impianto sportivo.[46]

Dal tenore dell'art. 4, comma 2, D.lgs. n. 38/2021 detta misura compensativa pare possa essere proposta solo se il beneficiario della stessa sia "l'associazione o alla società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto in via prevalente". Meno chiaro è se questa esclusività sulla figura del beneficiario (che quindi escluderebbe i soggetti possibili proponenti diversi dalle Associazioni/società sportive utilizzatrici, la cui partecipazione alla procedura è peraltro solo eventuale, salva ovviamente l'ipotesi disciplinata dal comma 12) riguardi anche la costituzione di altri reali sull'impianto (lett. c) e – invero ancor meno – la costituzione di diritti reali su altri immobili ed aree pubbliche (lett. d).

In ogni caso, la costituzione del diritto di superficie e del diritto di usufrutto non possono avere una durata superiore a quella contemplata nella disciplina in tema di contratti di concessione (art. 178, D.lgs. n. 36/2023)[47]: anche detto limite non dovrebbe peraltro trovare applicazione, giusta quanto disposto dal comma 12 dell'art. 4, all'ipotesi ivi contemplata.

[45] Per "livelli di bancabilità" si intendono la reperibilità sul mercato finanziario di risorse proporzionate ai fabbisogni, la sostenibilità di tali fonti e la congrua redditività del capitale investito.

[46] La cessione del diritto di superficie e di usufrutto ed il trasferimento di proprietà possono essere previsti contemplando rispettivamente un canone o un prezzo a carico del soggetto attuatore.

[47] Ai sensi del citato art. 178, D.lgs. n. 36/2023, la durata delle concessioni, fermi restando eventuali limiti normativi riferiti a specifiche fattispecie, deve essere sempre determinata dall'ente concedente in funzione dei lavori o servizi richiesti al concessionario. Peraltro, con riferimento alle sole concessioni ultraquinquennali, la durata non può essere comunque superiore al periodo di tempo "in cui si può ragionevolmente prevedere" – sulla base di una stima valida al momento dell'aggiudicazione della concessione – "che il concessionario recuperi gli investimenti effettuati nell'esecuzione dei lavori o dei servizi, insieme con un ritorno sul capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici assunti dal concessionario per rispondere alle esigenze riguardanti, ad esempio, la qualità o il prezzo per gli utenti ovvero il perseguimento di elevati standard di sostenibilità ambientale" (art. 178, comma 2, D.lgs. n. 36/2023)..Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.

 doi.org/10.30682/disp0601b

Sussistente anche in detta ipotesi il limite di carattere generale secondo cui la cessione del diritto di superficie e di usufrutto non può superare, rispettivamente, la durata di novanta e di trenta anni.

Nel caso di proposta ex comma 12 (presentata quindi dalle sole associazioni/società dilettantistiche o professionistiche utilizzatrici dell'impianto) è previsto inoltre che il documento di fattibilità possa altresì prevedere:

- la cessione, anche a titolo gratuito a fronte del valore dell'intervento, del diritto di superficie o del diritto di usufrutto sull'impianto sportivo o sulle altre aree contigue di proprietà pubblica per una durata fino a novantanove anni o il trasferimento della proprietà degli stessi alla Società o all'Associazione sportiva Ciò senza alcun riferimento alla necessità di assicurare (a priori) l'equilibrio economico-finanziario dell'operazione ma al solo fine (invero dai caratteri oscuri se non discutibili soprattutto ove rivolto ad una Società professionistica) di "contribuire al consolidamento patrimoniale delle Società e Associazioni Sportive proponenti";
- la ridefinizione dei termini contrattuali in essere per l'utilizzo da parte della Società/Associazione sportiva proponente dell'impianto oggetto di intervento, ovvero di altro impianto pubblico esistente, in considerazione dell'intervento di ristrutturazione o nuova costruzione proposto.

Alla presentazione del DOCFAP e relativi allegati consegue – su istanza dell'interessato - una conferenza di servizi preliminare in ordine a suddetto documento di fattibilità (finalizzata a indicare le condizioni per ottenere i necessari pareri, intese, concerti, nulla osta, autorizzazioni, concessioni o altri atti di assenso, comunque denominati ai fini della successiva approvazione del progetto di fattibilità tecnico-economica)[48] la cui convocazione (ad opera del Comune, ente locale o altro ente pubblico interessato[49]) deve essere disposta entro sette giorni dalla richiamata istanza[50] e concludersi entro quindici giorni dal suo avvio.

Nel corso della conferenza preliminare – e comunque sino all'approvazione del DOCFAP - è prevista la facoltà di chiedere al proponente di procedere alle modifiche progettuali necessarie al fine di superare tempestivamente eventuali lacune o criticità della proposta. Anticipando, almeno limitatamente, la riforma 2024 dell'art. 193, d.lgs. n. 36/2023, l'art. 4, d.lgs. n. 38/2021

[48] Cfr. art. 14, comma 3, legge n. 241/1990 "Ove si sia svolta la conferenza preliminare, l'amministrazione procedente, ricevuta l'istanza o il progetto definitivo, indice la conferenza simultanea nei termini e con le modalità di cui agli articoli 14-bis, comma 7, e 14-ter e, in sede di conferenza simultanea, le determinazioni espresse in sede di conferenza preliminare possono essere motivatamente modificate o integrate solo in presenza di significativi elementi emersi nel successivo procedimento anche a seguito delle osservazioni degli interessati sul progetto definitivo".

[49] La medesima disposizione però individua i soggetti competenti alla convocazione della conferenza di servizi nel "sindaco, sindaco metropolitano o presidente della Provincia".

[50] Nel caso di mancata convocazione della conferenza preliminare nel termine previsto," il soggetto proponente può presentare una richiesta di convocazione della conferenza di servizi" preliminare "al presidente della Regione o all'assessore delegato in materia di sport, il quale, sentito il sindaco o il sindaco metropolitano o il presidente della Provincia, provvede alla convocazione della conferenza per una data non superiore a 15 giorni dalla data di ricezione della richiesta".

 doi.org/10.30682/disp0601b

contempla l'ipotesi in cui vengano presentate, con riferimento alla medesima operazioni o ad operazioni analoghe, "istanze concorrenti": in tal caso la conferenza di servizi deve esaminare le stesse in ordine cronologico di protocollazione, "individuando quella da dichiarare di interesse pubblico"[51] e da ammettere al proseguo della procedura (conferenza di servizi decisoria sul progetto di fattibilità tecnico-economica).[52] È peraltro da chiedersi se, alla luce della nuova disciplina sulla finanza di progetto introdotta dal d.lgs. n. 209/2024 ed alle finalità che ispirano la stessa (*in primis*, sotto il profilo della compatibilità con l'ordinamento unionale), l'indizione della conferenza di preliminare sul DOCFAP debba/possa esser preceduta dagli adempimenti in punto a pubblicità/trasparenza posti dal comma 4 dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 come novellato nel 2024 (cfr. *supra*): consistenti, in particolare, nella pubblicazione del DOCFAP sulla sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale dell'ente con indicazione di un termine, non inferiore a sessanta giorni, commisurato alla complessità del progetto, per la presentazione da parte di altri operatori economici di proposte relative al medesimo intervento, cui conseguirà l'individuazione in forma comparativa della soluzione a cui sarà correlato il riconoscimento del diritto di prelazione ad esito della successiva procedura di gara. Ciò a meno che non si intenda maggiormente congruente rispetto alle peculiarità procedimentali di cui all'art. 4 (e con le istanze di una effettiva comparabilità fra soluzioni diverse), l'individuazione di detto momento comparativo all'esito dello sviluppo del progetto di fattibilità tecnico-economica (anche se, nella disciplina speciale, la dichiarazione di pubblico interesse avviene invero sul DOCFAP).

Pubblicato nel sito internet istituzionale del comune e nel Bollettino Ufficiale della Regione il verbale conclusivo della conferenza di servizi preliminare[53], il Comune o l'ente locale o pubblico interessato, ovviamente ove ne valuti positivamente i contenuti, deve dichiarare, entro il

[51] Era già stato sottolineato nel vigore del D.lgs. n. 50/2016 che nel caso in cui pervengano all'amministrazione aggiudicatrice più proposte spontanee ai sensi dell'art. 183, comma 15, anche a seguito della sollecitazione del mercato, l'amministrazione aggiudicatrice, in ossequio ai canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) e ai principi indicati nell'art. 30, comma 1, D.lgs. n. 50/2016, compatibili con la fase di selezione del promotore privato di un'operazione in finanza di progetto, dovrebbe compiere, pur in assenza di una disciplina puntuale, una valutazione quantomeno preliminare rispetto a tutte le proposte presentate, nell'interesse non solo dei singoli operatori economici, ma anche dell'amministrazione stessa al fine di individuare la proposta ritenuta maggiormente rispondente all'interesse pubblico perseguito.

[52] ANAC, nella Delibera n. 219 del 16 marzo 2021, aveva già sottolineato con riferimento al regime di cui al D.lgs. n. 50/2016, che, "nel caso di sollecitazione del mercato, l'amministrazione potrebbe fissare un congruo termine entro il quale ricevere proposte ai sensi dell'art. 183, comma 15, con l'impegno che sarà poi valutata la fattibilità delle stesse nei termini di legge. Il confronto tra le varie proposte pervenute potrebbe consentire di individuare l'opzione più conveniente e conforme alla pubblica utilità perseguita, nell'ambito di un'istruttoria che, pur conservando un ampio grado di discrezionalità, si svolgerebbe, comunque, attraverso un confronto tra diversi progetti".

[53] È peraltro previsto che "nel caso in cui …la conferenza di servizi preliminare […], non si concluda con la valutazione favorevole del progetto, il soggetto proponente, sulla base delle motivate osservazioni espresse nel verbale conclusivo della conferenza di servizi, può ripresentare una proposta modificata. In tale ipotesi, si procede direttamente a nuova convocazione della conferenza di servizi decisoria a norma del comma 7" (art. 4, comma 8, D.lgs. n. 38/2021). Trattasi invero di previsione che meglio si attaglia all'ulteriore ipotesi ivi contemplata della valutazione non favorevole del progetto di fattibilità nell'ambito della conferenza di servizi decisoria sul progetto di fattibilità.

 doi.org/10.30682/disp0601b

termine di sessanta giorni dalla presentazione del DOCFAP medesimo[54], il pubblico interesse della proposta[55], confermando la disponibilità a concedere le eventuali forme di contributo pubblico previste nella proposta e nell'allegato piano economico-finanziario ed eventualmente indicando le condizioni necessarie per ottenere i successivi atti di assenso sul "progetto di fattibilità tecnico-economica". Sotto il primo profilo (previsioni di misure di contribuzione o equiparate), nella "determinazione del canone o del prezzo eventualmente dovuto per la cessione dei diritti o per il trasferimento della proprietà e delle altre condizioni contrattuali, così come dell'eventuale concessione di un contributo pubblico o di altre misure di sostegno pubblico, le parti tengono conto dei costi e dei benefici dell'intervento per l'associazione o società sportiva, per la comunità territoriale di riferimento anche in termini di crescita economica, integrazione sociale e riqualificazione urbanistica, nonché di efficienza energetica" (art. 4, comma 5, D.lgs. n. 38/2021).

2.3 La seconda fase – La redazione del Progetto di fattibilità tecnico-economica e la Conferenza di servizi decisoria.

Conclusasi la sub-fase di dichiarazione di pubblico interesse della proposta, il comma 5 dell'art. 4, D.lgs. n. 38/2021 prevede che il soggetto proponente la stessa presenti al Comune il progetto di fattibilità tecnico-economica (PFTE) dell'intervento, redatto nel rispetto di quanto disposto dal D.lgs. n. 36/2023 (quindi lo stesso deve ora recare i contenuti previsti dall'articolo 6-bis dell'Allegato I.7, D.lgs. n. 36/2023 introdotto dal D.lgs. n. 209/2024 – cfr. sub par. 1) che deve evidentemente tenere conto delle condizioni indicate in sede di conferenza di servizi preliminare. In ogni caso, detto progetto deve essere corredato:

a) da "una bozza di convenzione" (inquadrabile tipologicamente in un contratto di concessione o altro contratto di partenariato pubblico-privato) che, oltre a prevedere che la realizzazione delle opere di urbanizzazione precede o è almeno contestuale alla realizzazione dei lavori di ristrutturazione o di nuova edificazione dell'impianto sportivo, specifichi i criteri generali di esecuzione dei lavori, nonché la durata e le condizioni contrattuali dell'eventuale cessione del diritto di superficie o di usufrutto o della compravendita". In ragione della

[54] Il mancato rispetto del termine di sessanta giorni determina per il soggetto proponente di richiedere al Presidente del Consiglio dei ministri o all'Autorità politica da esso delegata in materia di sport, su istanza del soggetto proponente, di assegnare assegna al Comune o all'ente locale o pubblico interessato o alla Regione, senza indugio e comunque non oltre 15 giorni dalla ricezione dell'istanza, un termine massimo di 30 giorni dalla data di comunicazione per adottare i provvedimenti necessari. Nel caso di inutile decorso di tale termine "il Presidente del Consiglio dei ministri o l'Autorità politica da esso delegata in materia di sport, sentito il presidente della Regione interessata, nomina un commissario ad acta con il compito di adottare, entro il termine di 30 giorni, sentito il Sindaco del Comune interessato, i provvedimenti necessari" (art. 4, comma 10, D.lgs. n. 38/2021).

[55] Viene precisato al comma 5 dell'art. 4, D.lgs. n. 38/2021 che "i benefici dell'opera di riqualificazione o rigenerazione comprendono anche voci non suscettibili di immediata valutazione economico-patrimoniale, quali ad esempio i vantaggi sociali diretti e indiretti derivanti dall'ospitare l'impianto sportivo utilizzato dall'associazione o società sportiva e l'importanza del radicamento dell'associazione o della società sportiva presso la comunità locale".

 doi.org/10.30682/disp0601b

insistenza degli interventi oggetto del presente esame di interventi su aree di proprietà pubblica o su impianti pubblici esistenti la bozza di convenzione dovrà altresì illustrare e disciplinare "le caratteristiche e i criteri generali dei servizi e della gestione" (art. 4, comma 6, D.lgs. n. 38/2021).

b) da un "piano economico-finanziario" (PEF) corredato da asseverazione[56] resa da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso e iscritte all'elenco generale degli intermediari finanziari, o da una società di revisione, che, fra le altre cose, "indichi l'importo delle spese di predisposizione della proposta ed i costi sostenuti per la predisposizione del progetto di fattibilità tecnico-economica e dia conto, anche mediante i ricavi di gestione, dell'effettiva copertura finanziaria dei costi di realizzazione e gestione dell'impianto".

Ai fini della presentazione del PFTE, il soggetto proponente, fermo restando quanto previsto ai sensi dell'articolo 193, D.lgs. n. 36/2023, deve essere in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dallo stesso codice dei contratti pubblici[57]: ciò fatta salva la già evidenziata eccezione

[56] L'asseverazione è il documento avente lo scopo di attestare la coerenza e l'equilibrio del PEF, la capacità del progetto di generare adeguati flussi di cassa tali da garantire il rimborso del debito e la remunerazione del capitale di rischio, e dunque la possibilità di realizzare l'opera pubblica con il ricorso al capitale privato, fermi restando gli obblighi di valutazione dell'Amministrazione. Tale valutazione deve avvenire, a titolo esemplificativo, sulla scorta di specifici elementi, desunti dalla documentazione messa a disposizione ai fini dell'asseverazione, quali, esemplificativamente (ed in modo variabile in relazione alla peculiarità della operazione proposta):

- prezzo/contributo che il concorrente intende chiedere all'ente concedente;
- prezzo/canone che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione aggiudicatrice per la costituzione o il trasferimento dei diritti;
- canone che il concorrente intende corrispondere all'amministrazione;
- tempo massimo previsto per l'esecuzione dei lavori e per l'avvio della gestione;
- durata del contratto;
- struttura finanziaria dell'operazione, comprensiva dell'analisi dei profili di bancabilità dell'operazione in relazione al debito indicato nel piano economico finanziario;
- costi, ricavi e conseguenti flussi di cassa generati dal progetto con riferimento alle tariffe.

Non rientra, di norma, nell'attività di asseverazione la verifica della correttezza dei dati utilizzati nel PEF.

L'asseverazione del PEF è difatti in via di principio verificata ad attestare la correttezza e la congruità delle poste utilizzate per la sua elaborazione e fornisce una positiva valutazione sugli elementi economici (costi e ricavi del progetto di gestione del servizio) e finanziari (composizione delle fonti di finanziamento), verificandone l'equilibrio in relazione ai flussi di cassa generati dal progetto, esclusivamente sulla base dei dati forniti dall'operatore (cfr. Atto di regolazione AVCP n. 14 del 5 luglio 2001), essendo rimessa all'amministrazione la valutazione di merito circa la congruità della proposta, la correttezza e la validità degli elementi che sorreggono il piano e la sua idoneità allo scopo (Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2009, n. 3944; Id., 10 novembre 2005, n. 6287).

In altri termini, l'asseverazione è il documento con il quale viene attestata la coerenza e l'equilibrio del PEF, la capacità del progetto di generare adeguati flussi di cassa tali da garantire il rimborso del debito e la remunerazione del capitale di rischio, dunque la possibilità di gestire il servizio con il ricorso al capitale privato nonché la congruenza dei dati del PEF con la bozza di convenzione.

[57] I riferimenti apparentemente più immediati sono, oltre ai requisiti di ordine generale di cui agli artt. 94-98, D.lgs. n. 36/2023, ai requisiti del concessionario di cui all'art. 33 dell'Allegato II.12, D.lgs. n. 36/2023 secondo cui "1. I soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di concessioni di lavori pubblici, se eseguono lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dall'articolo 100, comma 4, del codice e dall'articolo 18, comma 11, del presente allegato, con riferimento ai

 doi.org/10.30682/disp0601b

contemplata dal comma 12 dell'art. 4, D.lgs. n. 38/2021 nel caso di peculiari proposte formulate da Associazioni/Società sportive. Al comma 15 dell'art. 4 è previsto che, a fini promozionali, "il soggetto proponente può avere accesso alle soluzioni di finanziamento offerte dall'Istituto per il Credito Sportivo o da altro intermediario bancario o finanziario operante nel settore nonché, ove possibile, alle agevolazioni offerte a valere sui Fondi speciali gestiti dall'Istituto per il Credito Sportivo e ai servizi tecnici offerti da quest'ultimo"; vengono inoltre consentite, "sempre ai medesimi fini forme di associazione in partecipazione e la costituzione di società miste".

La presentazione del PFTE e relativi allegati comporta la convocazione di una "conferenza di servizi decisoria" da svolgersi in forma semplificata e in modalità asincrona, ai sensi dell'articolo 14-bis, comma 1, legge n. 241/1990 alla quale partecipano tutti i soggetti titolari di competenze in ordine al progetto presentato[58] i quali possono chiedere al proponente di procedere alle modifiche progettuali necessarie al fine di superare tempestivamente eventuali lacune o criticità della proposta stessa.[59] È peraltro facoltà del Comune o dell'ente locale o pubblico interessato richiedere al proponente modifiche al progetto presentato peraltro nei soli limiti

lavori direttamente eseguiti ed essere in possesso dei seguenti ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi: a) fatturato medio relativo alle attività svolte negli ultimi cinque anni antecedenti alla pubblicazione del bando non inferiore al 10 per cento dell'investimento previsto per l'intervento; b) capitale sociale non inferiore a un ventesimo dell'investimento previsto per l'intervento; c) svolgimento negli ultimi cinque anni di servizi affini a quello previsto dall'intervento per un importo medio non inferiore al 5 per cento dell'investimento previsto per l'intervento; d) svolgimento negli ultimi cinque anni di almeno un servizio affine a quello previsto dall'intervento per un importo medio pari ad almeno il 2 per cento dell'investimento previsto dall'intervento. 2. In alternativa ai requisiti previsti dal comma 1, lettere c) e d), il concessionario può incrementare i requisiti previsti dal medesimo comma, lettere a) e b), nella misura fissata dal bando di gara, comunque compresa fra 1,5 volte e tre volte. Il requisito previsto dal comma 1, lettera b), può essere dimostrato anche attraverso il patrimonio netto. 3. Se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente degli ulteriori requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d). 4. Qualora il candidato alla concessione sia costituito da un raggruppamento temporaneo di soggetti o da un consorzio, i requisiti previsti dal comma 1 devono essere posseduti complessivamente, fermo restando che ciascuno dei componenti del raggruppamento possegga una percentuale non inferiore al 10 per cento dei requisiti di cui al comma 1, lettere a) e b). 5. Qualora, ai sensi dell'articolo 193 del codice, sia necessario apportare modifiche al progetto presentato dal promotore ai fini dell'approvazione dello stesso, il promotore, ovvero i concorrenti successivi in graduatoria che accettano di apportare le modifiche, devono comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, gli eventuali ulteriori requisiti, rispetto a quelli previsti dal bando di gara, necessari per l'esecuzione del progetto". Potrebbe peraltro chiedersi se il possesso di detti requisiti possa essere posticipato al successivo momento della "fase dell'affidamento".

[58] La convocazione della conferenza di servizi decisoria è di competenza del "Comune" o dell'ente locale o pubblico interessato", salva l'ipotesi in cui "il progetto comporti atti di competenza regionale": in tal caso la stessa è convocata dalla Regione. Qualora la conferenza di servizi definitiva non sia stata convocata entro 15 giorni dalla presentazione del PFTE, "le associazioni e le società sportive dilettantistiche e professionistiche possono presentare un'istanza di convocazione al Presidente del Consiglio dei ministri o all'Autorità politica da esso delegata in materia di sport, la quale, sentito il sindaco ovvero il presidente della Regione, provvede, non oltre 30 giorni dalla data di ricezione dell'istanza, alla convocazione della conferenza, da tenersi entro una data non superiore ai successivi 20 giorni" (art. 4, comma 7, D.lgs. n. 38/2021)

[59] "Nel caso in cui la conferenza di servizi decisoria … non si concluda con la valutazione favorevole del progetto, il soggetto proponente, sulla base delle motivate osservazioni espresse nel verbale conclusivo della conferenza di servizi, può ripresentare una proposta modificata. In tale ipotesi, si procede direttamente a nuova convocazione della conferenza di servizi decisoria a norma del comma 7" (art. 4, comma 8, D.lgs. n. 38/2021).

 doi.org/10.30682/disp0601b

della loro stretta necessità "ai fini della valutazione positiva del progetto". L'(eventuale) approvazione del PFTE deve avvenire nell'"ottimistico" termine di 60 giorni dalla presentazione dello stesso. Sempre ai sensi del comma 7 dell'art. 4, D.lgs. n. 38/2021, "il verbale conclusivo di approvazione del progetto, che è pubblicato nel sito istituzionale del Comune o dell'ente locale o pubblico interessato nel cui territorio si inserisce il progetto e nel Bollettino Ufficiale della Regione, costituisce", ove necessario:

- "dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dell'opera" comprensiva "anche gli immobili complementari o funzionali" che possono essere ricompresi nella proposta ai sensi del comma 2 "con eventuali oneri espropriativi a carico del soggetto promotore laddove non disciplinato diversamente";
- "variante allo strumento urbanistico comunale ai sensi e per gli effetti degli articoli 10, comma 1, D.P.R. n. 327/2001, fermo restando in tale ipotesi il rispetto delle garanzie partecipative previste dall'articolo 16 del medesimo D.lgs. n. 327"; in tal caso è necessaria l'acquisizione dell'assenso del rappresentante del comune a ciò delegato.

Ancora in un'ottica semplificatoria, viene poi precisato che il provvedimento approvativo finale, completo dei pareri di competenza degli enti interessati, "sostituisce ogni autorizzazione o permesso comunque denominato necessario alla realizzazione dell'opera"[60] e "costituisce la dichiarazione di pubblica utilità, indifferibilità e urgenza dell'opera medesima, ivi compresi gli interventi, sia pubblici, sia privati, da realizzare nelle aree pertinenziali" (laddove la proposta di cui al comma 2 li preveda).

Ad ulteriore comprova della "sensibilità" che il legislatore ha inteso mostrare in ordine alla garanzia della sostenibilità (se non addirittura dell'incentivo) delle operazioni di finanza di progetto correlate all'impiantistica sportiva, ancora nello stesso comma 7 dell'art. 4, si ribadisce che "ai fini del raggiungimento del complessivo equilibrio economico-finanziario dell'iniziativa, il provvedimento finale può prevedere la concessione di contributi pubblici e di altre forme di sostegno pubblico o specifiche esenzioni, deroghe o misure di favore comunque denominate al prelievo tributario di competenza comunale sull'impianto sportivo e le aree e attività economiche connesse."

2.4 La terza fase. La procedura ad evidenza pubblica

Il PFTE così approvato deve a questo punto essere posto a base della procedura competitiva di affidamento conclusiva del procedimento di finanza di progetto (cd. "fase dell'affidamento"),

[60] "Ferme restando le procedure di prevenzione incendi di cui al decreto del Presidente della Repubblica 1° agosto 2011, n. 151, in caso di approvazione del progetto, ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione, permesso o nulla osta comunque denominato, finalizzato alla messa in esercizio dell'impianto o all'avvio delle attività complementari o funzionali di cui alla proposta, se già non ricompreso nel verbale conclusivo di approvazione del progetto, è sostituito da una segnalazione dell'interessato all'amministrazione competente ai sensi dell'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241, ferme restando le esclusioni e le limitazioni stabilite nel medesimo articolo" (art. 4, comma 9, D.lgs. n. 38/2021).

 doi.org/10.30682/disp0601b

da celebrare ex art. 4, comma 1, D.lgs. n. 38/2021 e, per quanto non diversamente disciplinato dallo stesso articolo 4, dalle disposizioni di cui al codice dei contratti pubblici (fra le quali, e in particolare, quelle recate dall'art. 193, D.lgs. n. 36/2023).

Detta procedura deve essere indetta con pubblicazione di apposito bando di gara "dall'amministrazione che ha convocato la conferenza decisoria" e si deve concludere nel termine (oltremodo ristretto al limite dell'irreale, da cui il suo probabile carattere ordinatorio/sollecitatorio)[61] di 120 giorni dalla data di approvazione del PFTE.

Secondo lo schema ravvisabile all'art. 193, D.lgs. n. 36/2023, nell'ambito della procedura di gara, l'offerta presentata "soggetto proponente" il PFTE posto a base della stessa ("che assume la denominazione di promotore" - art. 4, comma 11, D.lgs. n. 38/2021) si confronterà con le offerte di eventuali *competitors*. In forza del rinvio alla normativa generale, il criterio di aggiudicazione sarà ovviamente quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del rapporto qualità prezzo.

Anche nella disciplina speciale di cui al D.lgs. n. 38/2021, al promotore, qualora non aggiudicatario, è assicurata la possibilità di esercitare il diritto di prelazione entro 15 giorni dall'aggiudicazione stessa e così "divenire aggiudicatario", "se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario" (anche con riferimento alla disciplina speciale si estendono quindi i dubbi di compatibilità con l'ordinamento unionale espressi sub par. 1).

In questo caso, "l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese documentate ed effettivamente sostenute per la predisposizione dell'offerta" nei limiti del 2,5 per conto del valore dell'investimento come desumibile dal PFTE posto a base di gara.

Ancora conformemente al disposto dell'art. 193, D.lgs. n. 36/2023, qualora per contro il promotore non aggiudicatario non eserciti la prelazione, lo stesso ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta, comprensive anche dei diritti sulle opere dell'ingegno (nel limite quantitativo sopra indicato)[62].

---

[61] Basti considerare come l'art. 1, dell'Allegato I.3, D.lgs. n. 36/2023 ("Termini delle procedure di appalto e di concessione", prevede, per le procedure da aggiudicarsi, come quella contemplata all'art. 4, comma 11, D.lgs. n. 38/2021, previa pubblicazione di bando applicando ed il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa basato sul miglior rapporto tra qualità e prezzo o sul costo del ciclo di vita un termine che va dai sette mesi (per la procedura competitiva con negoziazione) ai nove mesi (per la procedura aperta) dalla data di pubblicazione del bando, peraltro con possibilità di prolungamento ulteriore nei casi ivi contemplati. Vero è che le conseguenze previste dall'art. 17, comma 3, D.lgs. n. 36/2023 ("Il superamento dei termini costituisce silenzio inadempimento e rileva anche al fine della verifica del rispetto del dovere di buona fede, anche in pendenza di contenzioso") sono ravvisabili esclusivamente nelle ipotesi di mancato rispetto dei termini contemplati dall'Allegato.

[62] In un'ottica strettamente unionale potrebbe evidenziarsi che le disposizioni sul pagamento delle spese di predisposizione della proposta (nel caso in cui non venga esercitato il diritto di prelazione) ponendo la remunerazione per il progetto a carico dell'eventuale aggiudicatario non promotore/proponente, sono tali da creare un ulteriore disincentivo alla partecipazione di altri operatori nella gara per l'affidamento del contratto, che incorrerebbero in spese aggiuntive per l'acquisto del progetto.

 doi.org/10.30682/disp0601b

In questa ipotesi, elemento peculiare della normativa speciale, l'aggiudicatario (diverso dal promotore) è tenuto altresì a subentrare nell'eventuale/eventuali accordo/i concluso dal promotore con le associazioni/società sportive utilizzatrici dell'impianto ai fini della presentazione della proposta iniziale – DOCFAP (art. 4, comma 1, d.lgs. n. 38/2021).

Come già a più riprese accennato, nel caso di proposta formulata dalla "sola associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica utilizzatrice dell'impianto" nella quale siano previsti lavori di importo inferiore a 1 milione di euro ovvero, se previsti lavori di importo superiore a 1 milione di euro, qualora le sovvenzioni pubbliche dirette non superino il 50% di detto importo di importo (periodo 5, comma 12, art. 4, D.lgs. n. 38/2021), all'approvazione del PFTE pare conseguire – in forza del regime di deroghe contemplato nello stesso comma 12 – la conclusione del procedimento ed il conseguente perfezionamento del rapporto di partenariato fra l'ente pubblico proprietario dell'impianto o dell'area sui cui lo stesso insiste e la sola Associazione/Società Sportiva utilizzatrice prescindendo quindi dalla fase competitiva finale e quindi dal possibile confronto con altri possibili *competitors*. Salvi i dubbi già espressi in ordine alla compatibilità con il diritto unionale (quantomeno ove l'impianto sportivo di che trattasi possa qualificarsi di rilevanza economica), la motivazione concettuale di detto spinto regime di *favor* correlata - sulla scorta di quanto disposto nella legge di delegazione 8 agosto 2019, n. 86 (cfr. *supra* par. 1) - alla natura dell'interlocutore ("sola associazione o società sportiva") in uno con la circostanza di essere già utilizzatore dell'impianto (anche se sul punto si sarebbe forse potuto individuare regimi parzialmente differenziati in relazione alla natura dilettantistica o professionistica dei soggetti proponenti, cfr. *infra*, art. 5, D.lgs. n. 38/2021) non ha impedito peraltro il legislatore, con novella disposta nel d.lgs. n. 12072023,. a precisare, sempre al comma 12 dell'art. 4, che "ai fini dell'esecuzione e della successiva gestione degli interventi, e nella prospettiva di agevolare il coinvolgimento di risorse e capitali pubblici e privati, l'associazione o società sportiva dilettantistica o professionistica ha facoltà di costituire una società di scopo partecipata in misura superiore al 50 per cento". Gli altri operatori/investitori – esclusi ai fini della conclusione del procedimento disciplinato dal citato comma 12 al fine di giustificare il regime di sostanziale "affidamento diretto" ivi contemplato, laddove sussistano i già evidenziati presupposti derogatori– parrebbero quindi essere riproponibili (o riproporsi) "a valle" dell'affidamento come soci (minoritari) della società di scopo costituita *ad hoc* per l'esecuzione e gestione degli interventi: anche sotto questo profilo qualche dubbio di compatibilità rispetto ai principi ed alla normativa unionale a base del già illustrato procedimento di infrazione INFR (2018)2273 (cfr. sub par. 1) si potrebbe in effetti porre.

Ulteriore profilo di *favor* riconosciuto alle associazioni e società sportive (ancora sia dilettantistiche che professionistiche) è ravvisabile al comma 13 dell'art. 4, ove è previsto che sia nell'ipotesi di "finanza di progetto" in senso stretto ai sensi del comma 1 o del comma 12 del medesimo articolo sia indipendentemente dall'avvio di detto procedimento (che avviene, come evidenziato, tramite la presentazione del DOCFAP relativo all'intervento proposto), detti soggetti (ed i comuni in cui questi hanno la propria sede legale od i comuni con questi confinanti) "possono liberamente negoziare il prezzo e le condizioni contrattuali di vendita o di utilizzo di

 doi.org/10.30682/disp0601b

aree del patrimonio disponibile[63] urbanisticamente destinate alla costruzione di impianti sportivi".[64] Qualora vi siano più associazioni o società sportive dilettantistiche e professionistiche interessate all'acquisto o all'utilizzo delle predette aree (circostanza questa che, anche nel silenzio della legge, pare ragionevolmente presupporre l'adozione di meccanismi di pubblicità preventiva), "il Comune o l'Ente locale o pubblico interessato indice una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara" cui saranno invitate le associazioni/società interessate (e che, assumendo la pubblicazione preventiva dell'operazione, abbiano presentato una specifica manifestazione di interesse).[65] È peraltro da chiedersi se detta "piccola evidenza pubblica" limitata alle sole associazioni /società sportive possa essere sufficiente per soddisfare il principio secondo cui la scelta di un concessionario o di un soggetto cui attribuire un diritto reale su un bene di proprietà comunale deve avvenire nel rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (articoli 43 e 49 trattato CE) e dei principi generali in materia di contratti pubblici che richiedono lo svolgimento di procedure di selezione del contraente[66] (il dubbio potrebbe peraltro, a ben vedere, riguardare anche l'ipotesi di "finanza di progetto" ex comma 12 celebrata senza confronto competitivo finale, neppure, nel silenzio della legge, nel caso di più associazioni/società sportive interessate).

[63] Si ricordi come gli impianti sportivi che appartengono al Comune rientrano di norma nel patrimonio indisponibile (Cass., SS.UU., 23 luglio 2001, n. 10013) e la sottrazione di tali beni dalla loro destinazione può avvenire esclusivamente nei modi stabiliti dal vigente quadro normativo. In particolare, come sopra precisato, è precluso il trasferimento tra i beni disponibili e l'assoggettamento al regime proprio di tali beni, a meno che non venga accertata la non funzionalità del bene al pubblico scopo o si intenda sottrarre definitivamente tale bene dalla sua destinazione (cfr. cit. articolo 58 del D.L. n. 112/2008).

[64] "Nella determinazione del prezzo le parti tengono conto degli eventuali costi per rimozione di manufatti e bonifiche ambientali" (art. 4, comma 12).

[65] Dispone ancora il comma 13 dell'art. 4 che "Qualora, per qualsiasi ragione non imputabile alla Società o all'Associazione sportiva, i lavori non possano essere avviati entro 120 giorni dalla conclusione del contratto o nel diverso termine fissato in quest'ultimo, la Società può procedere alla riconsegna dell'area e alla restituzione del corrispettivo versato, richiedendo il rimborso delle spese documentate".

[66] Cfr. Consiglio di Stato, sez. VI, 17 gennaio 2002, n. 253; sez. VI, 25.6.2008, n. 3235. È stato evidenziato (cfr. Corte dei conti Friuli Venezia Giulia, deliberazione FVG/76/2011 PAR del 1.9.2011, sulla valorizzazione dello Stadio comunale di Udine, ripresa da ANAC nella Deliberazione n. 48 del 17 giugno 2015) che le "regole ed i principi dell'evidenza pubblica" si applicano non solo ai "contratti di appalto o di concessione aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, o di forniture, ovvero l'esecuzione di opere o lavori" in cui è rinvenibile una puntuale disciplina normativa di attuazione del diritto comunitario ma anche - proprio in quanto principi generali direttamente desumibili dalle norme del Trattato – in tutte le ipotesi in cui un soggetto pubblico decida di individuare un contraente per l'attribuzione di un'*utilitas* di rilievo economico comunque contendibile fra più operatori del mercato (Cfr. Comunicazione interpretativa della Commissione europea applicabile alle aggiudicazioni di appalti – GUCE C 179 del 1°.08:2006; Consiglio di Stato, sez. VI,. 10 gennaio 2007, n. 30). In particolare, "la mancanza di una procedura competitiva circa l'assegnazione di un bene pubblico suscettibile di sfruttamento economico introduce una barriera all'ingresso al mercato, determinano una lesione alla parità di trattamento, al principio di non discriminazione ed alla trasparenza tra gli operatori economici, in violazione dei principi comunitari" e l'assoggettamento al "nucleo essenziale dei principi dell'evidenza pubblica" è da ritenersi prevalente rispetto alla "qualificazione nominale" attribuita dalla pubblica amministrazione agli atti e/o ai negozi giuridici mediante i quali si intende attribuire un bene o un'*utilitas* ai soggetti terzi (cfr. Consiglio di stato, sez. V, 31 maggio 2011; sez. V 7 aprile 2011, n. 2151, Corte cost., 20 maggio 2010, n. 180).

 doi.org/10.30682/disp0601b

Non è dato ovviamente sapere se il legislatore, prendendo atto delle importanti riforme apportate all'art. 193, D.lgs. n. 36/2023 dal D.lgs. n. 209/2024, rimetterà mano sull'art. 4, D.lgs. n. 38/2021.

È peraltro doveroso conclusivamente accennare anche ad un'ulteriore misura semplificatoria avente ad oggetto la rigenerazione, riqualificazione o ammodernamento di un impianto sportivo, questa volta riconosciuta (dall'art. 5, D.lgs. n. 38/2021) alle sole associazioni e società sportive "senza fini di lucro" le quali sono legittimate a presentare all'ente locale, sul cui territorio insiste l'impianto un "progetto preliminare accompagnato da un piano di fattibilità economico finanziaria per la rigenerazione, la riqualificazione e l'ammodernamento e per la successiva gestione con la previsione di un utilizzo teso a favorire l'aggregazione e l'inclusione sociale e giovanile". Singolare la circostanza che il legislatore del D.lgs. n. 120/2023, abbia mantenuto il riferimento ad un livello progettuale ("progetto preliminare") già superato con l'entrata in vigore del D.lgs. n. 36/2023 (che ha ricondotto al "progetto di fattibilità tecnico-economica" i contenuti dei previgenti livelli della progettazione preliminare e – in parte – della progettazione definitiva). A fronte della presentazione del progetto preliminare, è previsto che, qualora l'ente locale riconosca l'interesse pubblico del progetto, affidi direttamente "la gestione gratuita" dell'impianto all'associazione o alla società sportiva "per una durata proporzionalmente corrispondente al valore dell'intervento e comunque non inferiore a cinque anni". Non si nasconde come, anche in questo caso, la soluzione del legislatore – che non prevede letteralmente alcun momento di confronto competitivo neppure fra associazioni/società sportive egualmente interessate all'operazione - possa presentare profili di dubbia compatibilità non solo con l'ordinamento unionale (qualora l'affidamento presenti rilievo di interesse ai fini dello stesso) ma anche con principi di stretta derivazione nazionale in punto ad uso di beni pubblici.

 doi.org/10.30682/disp0601b

Vol. 6 n. 1 (2025) https://doi.org/10.30682/disp0601c

L'EVOLUZIONE NORMATIVA DEL CHINESIOLOGO: ANALISI GIURIDICO-TECNICA DEI PROBLEMI E POSSIBILE SOLUZIONE DEGLI STESSI

Lorenzo Gasparini*

Dottorando di diritto amministrativo nell'Università di Bologna.

Riccardo Danieli**

Dottore magistrale in Scienze e tecniche dell'attività motoria preventiva e adattata.

Abstract

Il presente contributo offre una disamina della figura professionale del chinesiologo nei vari ambiti dallo stesso occupati, partendo dal mondo sportivo fino a giungere allo stringente settore sanitario. Ancora, verrà offerta, quale possibile soluzione al problema del difficile inquadramento del chinesiologo, l'ipotesi di collocare lo stesso entro le figure dei professionisti sanitari, analizzando i vantaggi e gli oneri derivanti da tale riconoscimento.

Parole chiave: Chinesiologo, Riforma dello sport, Professione sanitaria

Abstract

This contribution provides an analysis of the professional role of the kinesiologist in various fields in which they operate, starting from the sports sector and extending to the critical healthcare domain. Furthermore, a potential solution to the issue of the kinesiologist's challenging classification is proposed: the possibility of placing them within the category of healthcare professionals, with an analysis of the benefits and obligations stemming from such recognition.

Keywords: Kinesiologist, Sports reform, Healthcare professionals

* Ha curato la stesura dei paragrafi 1 e dal 5 al 7.

** Ha curato la stesura dei paragrafi dal 2 al 4.

1. Introduzione

Il chinesiologo, quale professionista ormai da tempo affermato nel panorama sportivo, si presenta come una figura di assoluto rilievo nei più vari settori e ambiti tecnico-sanitari. Infatti, la figura quivi trattata si caratterizza per l'estrema flessibilità che permette alla stessa di operare in molteplici realtà, quali l'ambito sportivo, della prevenzione, del management dello sport, nonché in attività di assoluto rilievo medico-sanitario.

Come si vedrà di seguito, il chinesiologo si differenzia notevolmente dagli altri professionisti del settore in base al lavoro dallo stesso svolto. Allo stesso tempo, tale figura professionale provoca un notevole impatto nell'ambito sanitario, della prevenzione e delle cure dei pazienti; infatti, le competenze proprie di tali figure professionali non sono ricomprese nel bagaglio di conoscenze proprie delle figure sanitarie tradizionali, quali i medici di base ovvero gli stessi fisioterapisti. Siffatto quadro professionale permette astrattamente di collocare la figura del chinesiologo entro il sistema delle pratiche sanitarie, seppur lo stesso, allo stato, non viene riconosciuto quale esercente la professione sanitaria.

Il limbo entro il quale è collocata la figura è di dubbia efficienza giuridica. Infatti, la precarietà che caratterizza le prospettive professionali, nonché accademiche, dei laureati in scienze motorie che decidano di intraprendere il percorso lavorativo in ambito della prevenzione, appare di centrale importanza per la quotidianità. Si pensi alla recente riforma in materia sportiva, che trova vita con il decreto legislativo n. 36 del 28 febbraio 2021, la quale ha introdotto significative novità riguardanti la figura del chinesiologo, riconoscendone ufficialmente il ruolo e delineandone le competenze professionali. Questa evoluzione normativa mira a garantire una maggiore sicurezza e qualità nell'ambito delle attività motorie e sportive, affidandole a professionisti qualificati, i quali, come si vedrà di seguito, vengono collocati dall'art. 41 entro differenti figure professionali.

Il laureato in scienze motorie deve oggigiorno affrontare, nello svolgimento delle attività professionali di stampo motorio, l'aspra concorrenza di chi, all'opposto, non ha conseguito un titolo di studio specifico nel settore d'interesse, ma si è semplicemente formato mediante gli svariati corsi offerti dal panorama sportivo. Infatti, un siffatto quadro normativo permette a chiunque, a prescindere dalla formazione accademica, di svolgere attività che invece dovrebbero poter essere espletate solamente da chi si è formato per svariati anni in campi specifici del sapere.

Ecco che con la presente si offre una possibile soluzione ad un tema che ormai da tempo interessa gli esperti, nella convinzione che una tale riforma non sia favorevole solo a chi lavora nell'ambito di cui trattasi; infatti, ipotizzando il collocamento della figura del chinesiologo, nello specifico della prevenzione (AMPA), entro il quadro dei professionisti sanitari, si permetterebbe allo stesso di giovare delle condizioni esclusive riconosciute a questi ultimi.

2. La figura del chinesiologo

Tramite l'utilizzo della parola "chinesiologia", dal greco Minessi (movimento) e logòs (studio), si fa riferimento alla scienza che studia il movimento del corpo umano in tutte le sue forme. Il

doi.org/10.30682/disp0601c

chinesiologo[1] è dunque l'esperto del movimento umano che, attraverso la messa in pratica delle proprie conoscenze scientifiche di biomeccanica, fisiologia e didattica del movimento, aiuta le persone al mantenimento e al recupero delle migliori condizioni di benessere fisico. A seguire verranno analizzate le caratteristiche che contraddistinguono ciascuna di queste figure professionali; nello specifico, verranno trattati il chinesiologo di base, il chinesiologo delle attività motorie preventive e adattate, il chinesiologo sportivo e quello relativo al management dello sport.

2.1. Il chinesiologo di base

Il primo profilo professionale preso in esame è il chinesiologo il base, ossia colui che ha conseguito il diploma di laurea triennale in scienze delle attività motorie e sportive (classe L-22), ovvero il diploma presso l'istituto superiore di educazione fisica (ISEF), nonché colui che è in possesso di titoli di studio equipollenti conseguiti all'estero e ammessi nell'ordinamento italiano.[2]

Alla luce del decreto legislativo n. 36/2021, il quale ha riconosciuto la figura quivi analizzata, il detentore di uno di questi titoli può esercitare il proprio sapere attraverso la conduzione, gestione e valutazione di attività motorie indirizzate sia singolo che al gruppo, assumendo rispetto a questi carattere compensativo, educativo, ludico-ricreativo e sportivo. Tali attività sono finalizzate al mantenimento e al recupero delle migliori condizioni di benessere fisico nelle varie fasce di età, attraverso la promozione di stili di vita attivi. Il chinesiologo di base può inoltre svolgere attività di personal training e di preparazione atletica non agonistica allo scopo di migliorare la qualità della vita mediante l'esercizio fisico.

Dalla disamina sopra offerta, pare fondamentale sottolineare alcuni concetti e alcuni termini utili alla descrizione dell'attività del chinesiologo di base.

In primis, per quanto concerne le modalità attraverso le quali la figura professionale quivi trattata mira al benessere della persona, troviamo la valutazione delle attività motorie; infatti, tale espressione si riferisce ad un insieme di test di varia natura, come ad esempio l'analisi antropometrica e posturale, utili al chinesiologo sia per circoscrivere un quadro generale del soggetto esaminato, sia per definire un intervento conforme al trattamento del singolo.
Attraverso l'impiego di tali test e di questionari specifici, è altresì possibile indagare l'efficacia del lavoro svolto, portando alla luce eventuali modifiche necessarie al raggiungimento degli obiettivi preposti.

In secondo luogo, al fine di strutturare correttamente il programma di esercizio fisico, il chinesiologo può attenersi al principio FITT (Frequenza, Intensità, Tempo e Tipologia), ossia una metodologia avanzata dall'*American College of Sports Medicine* ACSM)[3] utile al

[1] M. Bertollo, R. Merlo, G. Pasqualotto, *Fondamenti storico-epistemologici della professione di Chinesiologo*, in *Chinesiologia,* 2003, pp. 10-17.

[2] Si veda art. 41 e 42 del D.lgs. 28 febbraio 2021, n. 36

[3] Si vedano le Linee guida per la valutazione funzionale e la prescrizione di esercizio in American College of Sports Medicine. ACSM's Guidelines for Exercise Testing and Prescription (11th ed.). Philadelphia: Wolters Kluwer, 2021.

doi.org/10.30682/disp0601c

miglioramento del fitness fisico[4] e della salute. Stando a quanto riportato dal Ministero della salute,[5] tale principio deve altresì prevedere un adattamento basato sulle caratteristiche individuali, sull'efficienza fisica e sulla presenza di eventuali patologie, rendendo così l'intervento sicuro ed efficace per il raggiungimento degli obiettivi specifici. Analizzando ora le componenti del FITT e gli adeguamenti di questi in relazione al singolo caso, è possibile definire la frequenza come il numero di sessioni di allenamento in un determinato periodo di tempo; infatti, tale periodizzazione avviene sia sulla base delle caratteristiche dell'individuo, quali il livello di preparazione fisica e la presenza di condizioni particolari che richiedono una fase prolungata di recupero, sia in relazione ai meccanismi fisiologici attuati dall'organismo in risposta allo stimolo allenante. Questi ultimi, come riportato dalla celebre pubblicazione "Principi di metodologia del fitness",[6] oltre ad essere finalizzati al recupero delle energie spese, generano un adattamento organico che permette il rispristino delle condizioni antecedenti allo stress recato dall'esercizio fisico e un miglioramento delle componenti allenate. Conseguentemente, l'impiego di una frequenza di allenamento troppo elevata potrebbe ostacolare i processi adibiti al recupero energetico e al miglioramento della prestazione fisica, fino ad arrecare un decremento delle condizioni di salute del soggetto;[7] contrariamente, se il periodo di inattività perdurasse troppo a lungo ci sarebbe un'inversione di tendenza da parte del sistema adattivo, risultando in una progressiva perdita dei miglioramenti ottenuti con l'allenamento.[8]

A seconda delle caratteristiche del soggetto, come età e sesso, il chinesiologo può valutare quale livello di intensità utilizzare ricorrendo a vari parametri, come ad esempio la frequenza cardiaca per esercizi di tipo aerobico e la percentuale del carico massimale in esercizi contro resistenza. Tale valutazione è di fondamentale importanza per la realizzazione di un intervento motorio mirato al raggiungimento di un determinato obiettivo, in quanto a seguito della variazione del livello di intensità e della tipologia di esercizio sottoposto, si otterranno differenti risposte adattive da parte dell'organismo.

A titolo esemplificativo, nel caso di un esercizio aerobico e con livello di intensità basso, avremo una riduzione delle resistenze periferiche e dei valori pressori, laddove un'intensità

[4] Claude Bouchard, ricercatore e professore presso l'università della Louisiana, evidenzia come il termine "fitness" possa assumere due significati distinti in base all'obiettivo considerato. Si distingue, infatti, il fitness relazionato alla performance, riferito alle componenti necessarie per ottimizzare la perforance sportiva, e il fitness correlato allo stato di salute, il quale comprende molteplici elementi, quali la composizione corporea, la capacità cardiorespiratoria, la densità ossea, la forza e la resistenza muscolare. Per una maggiore comprensione del tema si veda C. Bouchard, S. N. Blair, W.L. Haskell, *Physical activity and health.* Human Kinetics, 2012.

[5] Per un approfondimento si veda Ministero della salute, linee di indirizzo sull'attività fisica. Revisione delle raccomandazioni per le differenti fasce d'età e situazioni fisiologiche e nuove raccomandazioni per specifiche patologie. Roma: Ministero della Salute, 2021, p. 99.

[6] A. Paoli, M. Neri, A. Bianco, *Principi di metodologia del fitness*, Cesena, Elika Editrice, 2013, p. 130.

[7] Una delle principali problematiche relative al tempo di recupero è rappresentata dalla *sindrome da sovrallenamento (OTS),* la quale sfocia in una perturbazione di molteplici sistemi corporei, quali il profilo neurologico, endocrinologico e immunologico, associati al cambiamento dell'umore.

J.B. Kreher, J.B. Schwartz. *Overtraining syndrome: a practical guide*, in *Sports Health*, 2012, pp. 128-138.

[8] A. Barbieri et al., *Cardiorespiratory and metabolic consequences of detraining in endurance athletes*, in Frontiers in Physiology, 2024.

doi.org/10.30682/disp0601c

maggiore permeerebbe di allenare le capacità cardiorespiratorie;[9] in caso di esercizio di forza, un'attività a bassa intensità andrà a stimolare le componenti muscolari caratterizzate da un'elevata resistenza alla fatica, mentre gli esercizi ad alta intensità recluteranno unità motorie facilmente affaticabili, contraddistinte da un'elevata espressione di forza.[10]

Inoltre, variando il livello di intensità è altresì possibile osservare un cambiamento riguardante il substrato energetico[11] utilizzato dall'organismo, causato principalmente da una differente richiesta energetica;[12] a questo processo concorre anche la durata dell'esercizio, ossia il parametro "tempo" del principio FITT utilizzato dal chinesiologo per definire i periodi di attività e di recupero all'interno della stessa seduta allenante, con lo scopo di generare le risposte adattive desiderate.

Generalmente, vi è la tendenza a ritenere la parte attiva come l'unica responsabile degli effetti cagionati dall'esercizio fisico, svalutando in tal modo la fase destinata al riposo. Invero, l'adozione di un appropriato periodo di recupero può influenzare, a parità di intensità e tipologia di esercizio,[13] l'efficienza, la sicurezza e l'efficacia di un programma di allenamento.[14]

Concludendo l'analisi del principio FITT, la pratica di attività fisica può avvenire ricorrendo a molteplici modalità, ciascuna delle quali si distingue sostanzialmente sulla base delle qualità allenate. Stando a quanto riportato dall'*Hardvar Medical School*,[15] è possibile individuare quattro tipologie principali di esercizi;

- l'attività aerobica, utile per migliorare l'apparato cardiocircolatorio e respiratorio;
- il rinforzo muscolare, grazie al quale è possibile aumentare la massa muscolare e migliorare
  l'equilibrio e la postura, ridurre lo stress a carico delle articolazioni;
- esercizi di equilibrio, particolarmente indicati per incrementare la stabilità e ridurre il rischio di caduta nell'anziano;
- esercizi di allungamento, finalizzati al miglioramento della flessibilità muscolare, la quale è correlata ad una riduzione del dolore e del rischio di infortunio.

Queste tipologie di esercizio vengono quindi selezionate dal chinesiologo in seguito a un'attenta considerazione delle caratteristiche e delle esigenze dell'individuo, identificando per giunta i parametri di intensità, frequenza e durata di ciascun esercizio facente parte dell'intervento motorio. Prima di proseguire oltre, vi è un ultimo concetto la cui elaborazione può dimostrarsi utile all'approfondimento dell'oggetto del presente articolo, ovvero la differenza tra

[9] A. Paoli, M. Neri, A. Bianco, *Principi di metodologia del fitness*, Cesena, in Elika Editrice, 2013, p. 134.
[10] A. Belfiore, V. Magnaghi. *Fisiologia umana – fondamenti*, Edi.ermes, Milano, 2018, p.171.
[11] I principali substrati adibiti alla produzione di energia sono i grassi, i carboidrati e le proteine, i quali si differenziano per la quantità di energia prodotta e per la rapidità con cui soddisfano la richiesta energetica.
[12] A.F. Alghannam, M.M. Ghaith, M.H. Alhussain, *Regulation of Energy Substrate Metabolism in Endurance Exercise*, in *Int J Environ Res Public Health*, 2021, pp. 5-7.
[13] B. F. De Salles et al., *Rest interval between sets in strength training*, in *Sports Med*. 2009, pp. 765-770.
[14] T. Rogers, N. Gill, C.M. Beaven, *A comparison of three different work to rest periods during intermittent sprint training on maintaining sprint effort performance*, in *J Exerc Sci Fit*, 2024, pp. 97-102.
[15] Per un completo approfondimento sul tema, si veda; H. E. LeWine, *The 4 most important types of exercise* In *Harvard Health Publishing*, https://www.health.harvard.edu/topics/exercise-and-fitness, 2023.

doi.org/10.30682/disp0601c

esercizio fisico e attività fisica. Benché questi due termini possano apparire sinonimi, essi descrivono attività del tutto differenti, soprattutto in ambito motorio. L'Organizzazione Mondiale della Sanità (OMS) definisce "l'attività fisica" con la seguente espressione; "*Any bodily movement produced by skeletal muscles that requires energy expenditure*",[16] ossia qualunque movimento corporeo prodotto dai muscoli scheletrici che richiede un dispendio energetico. Risulta semplice intuire come in questa categoria non rientrino esclusivamente le attività sportive e quelle ad alta intensità, ma anche tutti quei movimenti, come ad esempio la passeggiata ed il giardinaggio, che comportano un dispendio energetico maggiore rispetto a quello basale.

All'opposto, sempre l'OMS, qualifica "l'esercizio fisico" come "*A subcategory of physical activity that is planned, structured, repetitive, and purposeful in the sense that the improvement or maintenance of one or more components of physical fitness is the objective"*,[17] ossia una sottocategoria dell'attività fisica la quale è strutturata, pianificata ed eseguita regolarmente con il fine di migliorare e/o mantenere le condizioni oggetto dell'attività espletata. Da questa breve disamina è quindi possibile evincere due ulteriori competenze affidate al chinesiologo, da un lato, la pianificazione dell'attività fisica a breve, medio e lungo termine e, dall'altro, l'ideazione pratica di ciascuna seduta allenante.

2.2. Il chinesiologo sportivo

La figura del chinesiologo sportivo, di particolare importanza per il settore trattato dalla presente esposizione, rappresenta la prima figura professionalizzante con laurea magistrale esaminata. Infatti, per esercitare l'attività professionale di chinesiologo sportivo è necessario essere in possesso della laurea magistrale in Scienze e Tecniche dello sport (classe LM-68).

Dalla disamina del decreto legislativo del 28 febbraio 2021, recante modifiche al settore sportivo, si evince chiaramente come l'attività espletata da questo professionista abbia come oggetto la progettazione, il coordinamento e la direzione tecnica della preparazione atletica in ambito agonistico (si pensi all'impiego di tali professionisti nelle competizioni di massimo rilievo, ovvero l'espletamento di attività presso associazioni, società sportive, Enti di Promozione Sportiva, istituzioni e centri specializzati).

Il chinesiologo sportivo, rispetto all'omonima figura professionale sopra trattata, si differenzia altresì per la facoltà ad esso riconosciuta, in quanto laureato magistrale, di esercitare la professione entro l'ambito agonistico.[18]

---

[16] S. Al-Ansari, et al., WHO team group, "*Who guidelines on physical activity and sedentary behaviour*", in https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/337001/9789240014886-eng.pdf., 2020, p. VII.

[17] S. Al-Ansari, et al., WHO team group, "*Who guidelines on physical activity and sedentary behaviour*", in https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/337001/9789240014886-eng.pdf., 2020, p. VI.

[18] L'agonismo si riferisce alla pratica sportiva organizzata e regolamentata, caratterizzata da una competizione ufficiale tra atleti, finalizzata al miglioramento delle prestazioni e al conseguimento di risultati certificati.
Dal punto di vista giuridico, l'agonismo implica la partecipazione ad attività sportive disciplinate da federazioni o enti riconosciuti dal CONI o dal CIP, con regolamenti specifici che ne garantiscono la correttezza, la sicurezza e la tutela sanitaria degli atleti. L'agonismo si distingue dall'attività motoria amatoriale perché comporta un impegno continuativo, una preparazione sistematica e spesso è legato a categorie e livelli di competizione definiti.

doi.org/10.30682/disp0601c

Difatti, il percorso intrapreso da questa figura professionale permette alla stessa di acquisire competenze specifiche di carattere scientifico, utili al raggiungimento dei livelli maggiori di autonomia e di responsabilità nella professione, soprattutto nell'ambito della progettazione scientifica dell'allenamento sportivo e del coordinamento di gruppi di esperti.[19]

Per quanto concerne la progettazione dell'intervento motorio, questa figura professionale può ricorrere al principio FITT, già trattato in precedenza, incentrando il proprio operato sul raggiungimento della più alta performance ottenibile in termini sportivi. Per giungere a tali risultati è necessario, rispetto al chinesiologo di base, suddividere l'intervento in funzione del periodo specifico della stagione sportiva;[20] infatti, ciascuno di questi interventi è finalizzato al soddisfacimento di determinate esigenze, in particolare al miglioramento generale delle capacità atletiche, nonché al raggiungimento della massima prestazione in prossimità delle competizioni.[21]

Avvalendosi delle proprie conoscenze, quali i fondamenti teorici, metodologici e tecnici appartenenti ai vari contesti sportivi, il professionista in questione diversifica il proprio operato sulla base delle caratteristiche e necessità della singola disciplina, ottimizzando in tal modo la seduta allenante in funzione dell'obiettivo specifico; il principio alla base di tale processo prende il nome di "specificità dell'allenamento", il quale afferma che le risposte adattive suscitate da una particolare modalità di esercizio sono direttamente correlate agli elementi fisiologici sottoposti a stress dall'esercizio stesso.[22]

Lo studio di Contreras e colleghi,[23] fornisce un esempio pratico di quanto la specificità della preparazione possa influenzare la prestazione sportiva: due gruppi di giovani atleti sono stati sottoposti ad interventi motori similari, distinti esclusivamente per la presenza dell'esercizio dello *squat* (SQ) o dell'*hip thrust* (HT). Dalla valutazione conclusiva, avvenuta dopo sei settimane di intervento, sono emerse delle disparità tra i due gruppi, evidenziando come persino la scelta di un singolo esercizio possa condizionare il risultato finale. Nel caso preso in esame, la messa in pratica di un programma specifico ha consentito al gruppo SQ di primeggiare nell'altezza massima raggiunta con un salto verticale, laddove il gruppo HT ha perfezionato il proprio tempo nello sprint di 10 e 20 metri. Tali conclusioni riflettono nuovamente l'esigenza di pianificare e strutturare l'allenamento in funzione degli obiettivi e delle caratteristiche delle singole

[19] Approfondimenti disponibili alla pagina dedicata al corso di laurea magistrale in "Scienze e tecniche dell'attività sportiva" dell'Università di Bologna.

[20] I. Mujika et al., *An Integrated, Multifactorial Approach to Periodization for Optimal Performance in Individual and Team Sports,* in *Int J Sports Physiol Perform,* 2018, pp. 542-546.

[21] Il CONI definisce la periodizzazione dell'allenamento come "la suddivisione dell'intero ciclo di preparazione in periodi, aventi ciascuno fisionomie specifiche, finalizzati ad obiettivi differenti". La stagione sportiva può essere suddivisa in macro-cicli composti mesocicli (fino a 3-4 settimane), i quali sono suddivisi a loro volta in Microcicli (4-5 giorni). Si veda C. Scotton, *Teoria e metodologia dell'allenamento,* in Scuola dello Sport Coni, https://educamp.coni.it/images/liguria/TMA_per_PG2_Scotton.pdf, p. 25.

[22] P. Gamble, *Implications and Applications of Training Specificity for Coaches and Athletes*, in *Strength & Conditioning Journal*, 2006, pp. 54-55.

[23] B. Contreras et al., *Effects of a Six-Week Hip Thrust vs. Front Squat Resistance Training Program on Performance in Adolescent Males: A Randomized Controlled Trial*, in *J Strength Cond Res*, 2017, pp. 999-1008.

doi.org/10.30682/disp0601c

discipline, scremando dunque gli esercizi e le componenti dell'allenamento che permettono all'atleta di eccellere nella performance sportiva di competenza. Un'ulteriore funzione del chinesiologo dello sport riguarda l'analisi della prestazione sportiva del singolo e/o del gruppo, performata nel corso della competizione; tale sistema è denominato *match analysis* e avviene mediante la raccolta di una serie di dati qualitativi (quali le categorie di movimento) e quantitativi (ad esempio la distanza totale percorsa ad una certa intensità), al fine di ricomporre una descrizione dettagliata delle variabili di tipo fisico, tecnico, tattico e mentale che entrano in gioco durante l'evento sportivo.[24]

Le informazioni ricavate dalla *match analysis* forniscono dunque un resoconto della prestazione dell'atleta, consentendo per giunta al chinesiologo di identificare eventuali fattori da perfezionare mediante l'allenamento.

2.3 Il chinesiologo manager dello sport

La figura del chinesiologo applicato al manager dello sport, si differenzia dalle omonime professioni sulla base della finalità caratterizzante il percorso accademico di relativa formazione, ossia la programmazione e la gestione di impianti sportivi, la conduzione e la gestione delle strutture pubbliche e private ove si svolgono le attività motorie, nonché l'organizzazione di eventi e manifestazioni sportive, il tutto anche per finalità di carattere ludico-ricreativo.[25]

Le predette competenze permettono al chinesiologo quivi esaminato di differenziarsi notevolmente dalle altre carriere sopra citate; infatti, l'attività di manager dello sport richiede l'acquisizione della laurea magistrale in organizzazione e gestione dei servizi per lo sport e le attività motorie (classe LM-47).

Tale percorso di formazione permette al chinesiologo manager dello sport di poter operare nel settore dirigenziale delle società sportive, nonché nelle strutture agonistiche stesse, sicché le abilità dallo stesso acquisite si rappresentano mediante la conduzione e la gestione di singoli eventi o competizioni sportive.[26]

3. Il chinesiologo delle attività motorie preventive e adattate (AMPA)

Tra le varie figure di specializzazione legate al chinesiologo, troviamo quella che, probabilmente, provoca maggior dibattito nel panorama giuridico-sportivo, ossia il chinesiologo delle attività motorie preventive e adattate (classe LM-67), il quale si occupa di molteplici aree delle scienze motorie.

---

[24] H. Sarmento et al., *Match analysis in football: a systematic review*, in *Journal of sports sciences*, 2014, n. 32, pp. 1831-1843.

[25] L'articolo 41 del D.lgs. 28 febbraio, n. 36, specifica, alla lettera c), che il chinesiologo manager dello sport può altresì svolgere attività di organizzazione, in qualità di esperto e consulente, di eventi e manifestazioni sportive, anche ludico-ricreative. Tale riconoscimento normativo permette di collocare siffatta figura entro i professionisti dediti ad attività di natura organizzativa e burocratica, disegnando un quadro di competenze particolarmente trasversale.

[26] Si veda la sezione "prospettive" del corso di laurea "Management delle attività motorie e sportive" rinvenibile presso il sito web dell'Università di Bologna, https://corsi.unibo.it/magistrale/ManagementSport/prospettive.

doi.org/10.30682/disp0601c

Come riportato nel medesimo decreto legislativo citato in precedenza, la sua attività ha come scopo la progettazione e l'attuazione di programmi di attività motoria finalizzati al raggiungimento e al mantenimento delle migliori condizioni di benessere psicofisico nelle varie fasce d'età. Il chinesiologo delle attività preventive e adattate, si occupa altresì dell'impiego dell'esercizio fisico, attraverso l'organizzazione e la pianificazione di particolari attività indirizzate alla prevenzione delle malattie e al miglioramento della qualità della vita. A titolo esemplificativo, si ricorda la prevenzione dei vizi posturali, il recupero funzionale post-riabilitazione finalizzato all'ottimizzazione dell'efficienza fisica, la programmazione, il coordinamento e la valutazione di attività motorie adattate in persone diversamente abili o in individui in condizioni di salute clinicamente controllate e stabilizzate.[27]

Ritornando ora all'analisi del chinesiologo AMPA, una prima discrepanza che può essere individuata nel confronto con il chinesiologo di base riguarda le differenti finalità della rispettiva attività professionale; infatti, per quanto concerne l'obiettivo del laureato triennale, si suole fare riferimento al raggiungimento del benessere fisico mentre, per quanto concerne il titolare di laurea magistrale, assume preminente importanza il benessere psicofisico della persona. Secondo l'OMS, la salute di un individuo è definita come "*uno stato di totale benessere fisico, mentale e sociale*",[28] non è quindi sufficiente l'assenza di malattia o di infermità per poter decretare il totale benessere dell'individuo, ma è necessario agire su tutte e tre le sfere sopracitate per poter raggiungere tale obiettivo. Ecco, quindi, possibile identificare nitidamente le macroaree entro le quali ciascuno dei due professionisti è chiamato a adoperare; se da un lato, il chinesiologo di base viene collocato entro la sfera relativa al benessere fisico, dall'altro, al chinesiologo munito di laurea magistrale spettano invece tutte e tre le categorie del benessere sopra ricordate.

Ancora, ulteriore proposito dell'attività del chinesiologo AMPA riguarda la prevenzione di alcune patologie, in particolare quelle muscolo-scheletriche e croniche.

In tale campo, il valore di attività ed esercizio fisico è sorretto da una solida base scientifica; infatti, il Ministero della salute dedica una sezione del proprio sito (sezione: attività fisica e salute) ai benefici che queste attività sono in grado di apportare, classificandoli sulla base dell'età dell'individuo.[29] Per comprendere concretamente l'importante apporto della figura

[27] L'Attività Fisica Adattata (AFA), sinonimo di Attività Motoria Adattata (AMA), viene prescritta dal medico e comprende programmi di esercizio non sanitari svolti in gruppi appositamente predisposti per soggetti con malattie croniche, indirizzati al mantenimento delle abilità motorie residue e finalizzati alla modificazione dello stile di vita. Con Esercizio Fisico Adattato (EFA), ci si riferisce ad esercizi fisici svolti su prescrizione medica (medici dello sport, cardiologi, diabetologi) per modo, intensità, frequenza e durata delle sedute, effettuati in modo individualizzato sulla base di una valutazione preliminare delle condizioni di salute della persona interessata.

[28] La definizione è stata fornita dall'OMS all'interno del proprio documento costitutivo, nel quale così si riporta; *"Health is a state of complete physical, mental and social well-being and not merely the absence of disease or infirmity"*. La costituzione dell'organizzazione è entrata in vigore il 7 aprile del 1948.

[29] Di seguito le principali indicazioni riportate nel sito del Ministero della salute:

doi.org/10.30682/disp0601c

professionale del chinesiologo AMPA, è possibile analizzare brevemente alcune condizioni di salute che, per l'appunto, possono essere affrontate, ovvero prevenute, attraverso il lavoro fisico. Infatti, il diabete mellito di tipo 2 e l'ipertensione arteriosa sono accomunati dalla presenza di una condizione cronica, che si protrae nel tempo cagionando importanti comorbidità.[30]

Tuttavia, dal momento che queste condizioni presentano differenti manifestazioni e conseguenze a livello fisiologico, è ragionevole supporre che questo legame non sia ugualmente riconducibile al profilo patologico e sintomatologico, potendo quindi essere affrontate altresì con un adeguato esercizio fisico e una specifica attività motoria.[31] Il ruolo ricoperto da siffatta figura professionale è quello di attenersi alle istruzioni fornite dal medico curante proponendo attività conformi alle caratteristiche della patologia e dell'individuo stesso, come ad esempio le limitazioni derivanti dalla problematica affliggente il paziente, i possibili effetti collaterali conseguenti all'assunzione della terapia farmacologica (quali spossatezza, astenia, mialgia ecc.), indicazioni relative al bagaglio motorio del soggetto. Quindi, ipotizzando che dal medico venissero indicate attività di tipo aerobico e contro resistenza (volgarmente denominate "di forza") ad intensità moderata e/o vigorosa, il paziente non saprebbe riconoscere i carichi di lavoro necessari al soddisfacimento di tali indicazioni, tantomeno riuscirebbe ad individuare, tra le svariate modalità ed esercizi eseguibili, quelli più consoni alla propria condizione. Il ruolo del chinesiologo permette quindi di colmare tali lacune, programmando e strutturando l'attività fisica in relazione alle valutazioni compiute dal medico e ai test avanzati dal chinesiologo stesso, adattando opportunamente le attività prescelte alle singole esigenze e caratteristiche dell'individuo, cercando infine di prevenire l'insorgenza di ulteriori complicanze e sintomatologie.[32]

Grazie alle conoscenze acquisite durante il percorso formativo e alle varie precauzioni indicate

- Durante l'infanzia e l'adolescenza, l'attività fisica oltre ad essere necessaria allo sviluppo osteo-muscolare, contribuisce allo sviluppo di un apparato cardiovascolare sano. Inoltre, se associata ad una corretta alimentazione, diminuisce il rischio di obesità infantile e di patologie croniche non trasmissibili;
- In età adulta, la pratica regolare di attività fisica riduce la frequenza di malattie croniche non trasmissibili, come le malattie cardiovascolari, diabete, ipertensione arteriosa ed alcune forme di tumore; contribuisce alla mineralizzazione ossea permettendo di combattere l'insorgenza di osteoporosi; aumenta il dispendio energetico favorendo il controllo del peso corporeo;
- In età anziana, permette di mantenere la massa muscolare, l'equilibrio e la capacità di movimento, componenti di elevata importanza per la riduzione del rischio di caduta in questa popolazione. Altri benefici ottenibili in questa fascia riguardano la possibilità di prevenire o ritardare l'insorgenza di patologie croniche legate all'invecchiamento e facilitare i percorsi di riabilitazione per chi ne è affetto, oltre alla facoltà di ridurre l'osteoporosi.

[30] Sul punto si veda F. Veglio et al., *Raccomandazioni pratiche sull'ipertensione arteriosa resistente*, in *Società italiana dell'Ipertensione arteriosa,* 2013, pp. 139-143; R. Kreutz et al., *Clinical practice guidelines for lthe managment of arterial hypertension*, in *Europe Journal of Internal Medicine*, 2024, pp. 1-15.

[31] Nei due casi presi in esame, specifiche tipologie di esercizio favoriscono la riduzione della pressione sistolica e diastolica; nel diabete di tipo 2 invece, l'esercizio fisico contribuisce a ridurre i valori glicemici, aumentando la sensibilità insulina e la concentrazione del colesterolo HDL ("buono"). Sul punto di veda W. Gao, M. Lv,, T. Huang, *Effects of different types of exercise on hypertension in middle-aged and older adults: a network meta-analysis*, in Front Public Health. 2023. Società Italiana di Diabetologia (SID), *Attività fisica e diabete.* Consultazione disponibile all'indirizzo: https://www.siditalia.it/divulgazione/attivita-fisica-e-diabete.

[32] Per un'approfondita disamina sul tema si veda il sito del Ministero della salute, nello specifico, per quanro riguarda il diabete mellito 2, la seguente pagina; https://www.salute.gov.it/new/it/tema/diabete/.

doi.org/10.30682/disp0601c

dal medico, il chinesiologo in questione mette in pratica una serie di programmi mirati alla riduzione dei rischi e delle problematiche correlate all'attività fisica. Infine, un'ulteriore funzione pertinente al chinesiologo è quella di supervisionare la seduta allenante, indagando la presenza di sintomi e/o peggioramenti delle condizioni di salute attraverso la continua richiesta di feedback da parte dell'individuo osservato.

3.1. Particolari competenze del chinesiologo AMPA: i vizi posturali

Tra le varie competenze rientranti nel quadro professionale del chinesiologo, i vizi posturali assumono una particolare importanza, soprattutto per i rilevanti impatti nella vita quotidiana.

La postura viene definita dal Ministero della Salute come "*la posizione assunta dalle varie parti del corpo le une rispetto alle altre e rispetto all'ambiente circostante e al sistema di riferimento del campo gravitazionale*", mentre quella ideale (*postura standard*) viene considerata "*quella che consente la massima efficacia del gesto in assenza di dolore e nella massima economia energetica*".[33]

Nel documento delle Linee guida concernenti il profilo della postura, viene riportato che il mantenimento di una postura scorretta causa la perdita di un efficiente equilibrio del corpo sulla propria base di appoggio, nonché importanti disfunzioni posturali e sintomatologie attive particolarmente aggressive che, come detto, vengono affrontate e trattate proprio dal chinesiologo.

Infatti, la prevenzione dei vizi posturali, e quindi delle manifestazioni dolorifiche, viene messa in pratica dal chinesiologo AMPA tramite l'analisi dell'allineamento posturale sia statica che dinamica, mediante lo studio della muscolatura in relazione alle tensioni correlate con la postura, all'analisi delle attività finalizzate alla riduzione di potenziali scompensi muscolari e al riequilibrio assiale.

Il lavoro del chinesiologo in tale ambito non è da ritenere bastevole alla cura delle problematiche legate alla postura; infatti, il Ministero della Salute ritiene che per raggiungere la massima efficacia sia necessaria l'interazione sinergica tra tutte le professioni operanti nel settore sanitario-motorio, con attività mirate al trattamento delle complicanze conseguenti ai vizi posturali.

4. Rapporto tra chinesiologo e federazioni sportive

Come è stato possibile evincere finora, gli innumerevoli percorsi di studio perseguibili dal chinesiologo permettono a quest'ultimo di ottenere le capacità necessarie alla progettazione e alla conduzione di programmi di attività fisica in molteplici ambiti, siano questi legati al recupero funzionale, al trattamento di alcune patologie e condizioni fisiche, o connessi all'ambito sportivo.

Riguardo a quest'ultimo campo, il chinesiologo non è l'unico professionista a godere della facoltà di esercitare le proprie conoscenze; infatti, nel giungo 2018 il Comitato Olimpico Nazionale Italiano (CONI) stipulò il Sistema Nazionale di Qualifiche dei tecnici sportivi (SNaQ),

[33] Si veda il sito del Ministero della salute, *Linee guida nazionali sulla classificazione, inquadramento e misurazione della postura e delle relative disfunzioni*, 2018, p. 3.

doi.org/10.30682/disp0601c

definito come "il modello generale di riferimento per il conseguimento delle qualifiche degli operatori sportivi delle Federazioni Sportive Nazionali (FSN), delle Discipline Sportive Associate (DSA) e di coloro che operano nell'ambito degli Enti di Promozione Sportiva (EPS)".[34]

All'interno di quest'ultimo il CONI *ha definito le qualifiche di riferimento, gli standard di competenza e i livelli a cui esse si collocano,* prevedendo una classificazione basata sull'acquisizione di crediti formativi mediante la partecipazione a corsi didattici orientati alla maturazione di ciascuna delle figure professionali previste dallo SNaQ.[35]

Per intraprendere tali percorsi formativi, il possesso della laurea in scienze motorie e sportive non costituisce un elemento essenziale; è infatti sufficiente la semplice iscrizione e il superamento del corso di primo livello per allenatori e tecnici di disciplina, per poi avanzare progressivamente di grado attenendosi alle direttive fornite dallo SNaQ.[36] È inoltre prevista una specializzazione mirata alla formazione di esperti nell'ambito della preparazione fisica, per la quale il CONI limita la partecipazione ai soli detentori di una qualifica tecnica (ottenuta mediante un carico di lavoro pari ad almeno 10 crediti secondo il calcolo SNaQ), nonché ai diplomati ISEF o laureati in scienze motorie con adeguata esperienza pregressa.

Come riportato dal CONI nelle proprie disposizioni, l'esperto in attività fisica *"possiede competenze specifiche nell'analisi del modello di prestazione e negli aspetti di supporto all'allenamento tecnico-tattico, legate alla preparazione fisica degli atleti per la competizione anche di alto livello, con l'obiettivo di svilupparne in forma integrata le capacità organico-muscolari e coordinative utili per la prestazione e il suo sviluppo. Il profilo di attività del preparatore fisico può includere ruoli personalizzati, prescrizioni individuali dell'allenamento e ulteriori specializzazioni finzionali nell'ambito della riabilitazione, della prevenzione e di preparazione per specifici tecnici".*

In relazione alla carica di "esperto in preparazione fisica", vi sono delle divergenze tra le federazioni sportive riguardo ai destinatari di tale qualifica; difatti alcune di queste indirizzano i propri corsi unicamente ai laureati in scienze motorie e ai diplomati ISEF, escludendo quindi i tecnici di disciplina privi di questo prerequisito.

Una delle federazioni sportive che adotta tale selezione è la Federazione Italiana Tennis e

[34] Comitato Olimpico Nazionale Italiano, *Disposizioni per l'implementazione del sistema nazionale di qualifiche degli operatori sportivi (SNAQ) a partire dagli obiettivi del decreto legislativo n. 12/2013, del decreto legislativo n.15/2016 ed in coerenza con il quadro tracciato a livello europeo*, 2018, p. 6.

[35] La classificazione delle figure professionali descritte dallo SNaQ prevede quattro livelli per gli allenatori (aiuto allenatore, allenatore, allenatore capo e tecnico di quarto livello) ed una specializzazione denominata "esperto in preparazione fisica" indirizzata ad alcune categorie di istruttori ed ai laureati in scienze motorie o diplomati ISEF.

[36] Il Sistema Nazionale di Qualifiche dei Tecnici Sportivi (SNaQ), promosso dal CONI, è un modello che definisce i criteri di formazione e certificazione dei tecnici sportivi in Italia, in linea con gli standard europei. Basato sulle competenze effettive, anziché solo sul numero di ore di lezione, il sistema prevede un percorso articolato per livelli e include crediti formativi riconosciuti a livello nazionale ed europeo. Lo SNaQ valorizza l'esperienza pratica, promuove l'aggiornamento continuo e assicura una maggiore professionalizzazione e mobilità dei tecnici sportivi nel mondo del lavoro. Grazie allo SNaQ, i tecnici sportivi ottengono qualifiche spendibili a livello nazionale ed europeo, con maggiore tutela professionale e riconoscimento del loro ruolo educativo e tecnico.

doi.org/10.30682/disp0601c

Padel (FITP) che, all'interno del proprio regolamento,[37] suddivide i preparatori fisici in due livelli, dando così origine a:

a) Il preparatore fisico di primo grado, per il quale è previsto il rilascio della qualifica, previa frequentazione del corso di formazione, al tesserato diplomato ISEF o laureato in scienze motorie in possesso di 40 crediti formativi, ed al tesserato studente del corso di laurea in scienze motorie che abbia già acquisito 10 crediti formativi;
b) Il preparatore fisico di secondo grado, titolo ottenibile dal preparatore fisico di primo grado dopo la partecipazione al corso di formazione previsto.

Due ulteriori esempi riguardano la Federazione Italiana Rugby (FIR) e la Federazione Italiana Pallacanestro (FIP); infatti, mentre la FIR limita la formazione dei propri preparatori fisici ai soli atleti d'élite[38] e ai diplomati ISEF o laureati in scienze motorie, la FIP eroga un corso per il preparatore fisico di base, per il cui accesso è sufficiente unicamente la maggiore età e l'idoneità fisica alla pratica sportiva.

Ancora, presso la FIP è altresì presente un secondo corso mirato alla formazione di preparatori fisici che operino con atleti di alto livello, per il quale però è obbligatorio il possesso della qualifica di "preparatore fisico di base" e il diploma di laurea in scienze motorie.[39]

In conclusione, pare lampante evidenziare come il complesso quadro che caratterizza la figura professionale del chinesiologo, sia in riferimento al percorso formativo che alla vita professionale, abbisogna di un chiaro e univoco intervento da parte del legislatore, volto a uniformare la frammentaria composizione dell'analizzata figura.

5. Il possibile riconoscimento del chinesiologo entro le professioni sanitarie.

Nello specifico, la chiave di volta del problema qualificatorio quivi trattato si può individuare nella possibile collocazione della figura del laureato in scienze motorie, dedito alle attività professionali della prevenzione e delle tecniche adattive, entro le professioni sanitarie.

Infatti, il lavoro concretamente svolto da tutti coloro che decidono di intraprendere tale percorso è connaturato da logiche medico-sportive di assoluta rilevanza.[40]

Si pensi alle attività materialmente eseguite dai singoli soggetti[41] che, appunto, ricorrono a tecniche di natura medica; nello specifico, tali figure professionali affrontano patologie di varia natura, sia da un punto di vista preventivo che di evoluzione della stessa malattia,[42] soprattutto in soggetti cronici che, col progredire delle stesse, soffrono di importanti sintomi nelle zone

[37] Federazione Italiana Tennis e Padel, *Regolamento organico*, 2023, p. 63.

[38] Dai requisiti d'accesso a corsi sopra citati si evince come gli atleti in questione debbano aver partecipato ai giochi olimpici ovvero aver acquisito la qualifica di Atleta Nazionale Maggiore di rugby.

[39] Federazione Italiana Pallacanestro, *corso preparatore fisico di base, guida didattica 2024.*

[40] F. Gomez Paloma, M. Sibilio, *Chinesiologia: professione e cultura,* in *sport & medicina*, 2006, pp. 33-37.

[41] Si veda il Documento di consenso del Gruppo di Studio "Educazione Fisica & Pedagogia dello Sport" della SISMeS (Società Italiana delle Scienze Motorie e Sportive), 2024, pp. 17-20.

[42] R. Pippi et al*., Survey on diabetologists' interest in prescribing Physical Exercise in clinical practice [Sondaggio sull'interesse dei diabetologi verso la prescrizione di Esercizio Fisico nella pratica clinica*, in *The Joournal of AMD*, 2024, pp. 22-29.

doi.org/10.30682/disp0601c

muscolo-scheletriche (si pensi al diabete di tipo 2, che attraverso la prevenzione può non solo essere contenuto, ma, se già diagnosticato, affrontato dal punto di vista della sintomatologia dell'apparato corporeo). Da questa breve illustrazione, appare facilmente percepibile la natura delle prestazioni eseguite dal personale sopra descritto,[43] le quali, per l'appunto, paiono essere del tutto coerenti con il percorso di studio seguito dai corsisti. Il nostro ordinamento universitario offre infatti molteplici corsi di studio volti alla formazione di tecnici specializzati nelle attività di prevenzione e di lotta alle patologie dell'apparato muscolo-scheletrico, tra le quali possiamo trovare il percorso formativo del laureato in scienze motorie che, successivamente, si specializzi nelle tecniche adattive della prevenzione.

Tale figura appare quindi caratterizzata da una natura strettamente incentrata su logiche di natura medico-sanitaria,[44] sicché l'appartenenza a quest'ultimo gruppo appare essere non solo coerente, ma altresì del tutto appropriata per le pratiche poste in essere dagli stessi operatori.[45]

L'evoluzione del nostro sistema sanitario,[46] dal punto di vista giuridico-formale, è stato caratterizzato da costanti ampliamenti della cerchia di professioni sanitarie[47] che, appunto, non rientravano nella definizione tradizionale delle stesse;[48] infatti, il sentito sociale è solito definire le professioni sanitarie quali mere realtà ospitate da figure professionali quali medici o chirurghi.

Tuttavia, tale sistema appare di gran lunga più vasto, essendo lo stesso colorito da molteplici figure dedite alle più varie attività in ambito sanitario; si pensi agli stessi infermieri[49] che hanno ottenuto solamente in tempi recenti siffatta qualifica giuridica, oppure al comparto dei fisioterapisti che, come si vedrà di seguito, presentano importanti peculiarità con la figura oggi analizzata.[50]

Ecco che in questo contesto particolarmente teso, la soluzione al problema della qualifica giuridica dei laureati in scienze motorie operanti in tale settore può effettivamente rinvenirsi nella collocazione degli stessi entro le professioni sanitarie, attraverso un giudizio che deve, tuttavia, interessare necessariamente le istituzioni politiche.[51]

---

[43] C. Bottari, F. Laus, *Produrre salute: politiche e innovazioni*, in E. Bertolini et al (a cura di), *Itinerari della comparazione. Scritti in onore di Giuseppe Franco Ferrari*, Milano, Egea, 2023, pp. 60-65.

[44] J. P. Shafer, G. Pagliaro, *Kinesiologia applicata e terapia craniosacrale*, Milano, Tecniche nuove, 2008, p. 185.

[45] M. Bertollo, G. Pasqualotto, R. Merlo, *Fondamenti storico-epistemologici delle scienze del movimento umano e della professione di Chinesiologo,* in *Chinesiologia,* 2003, pp. 6 -10.

[46] D. Vasapollo, F. Ingravallo, F. Landuzzi, *Le nuove professioni sanitarie: i difficili confini delle competenze,* in *Professione medica*, 2003, pp. 28-37.

[47] C. Civitillo, M. L. Marasco, R. D'Onofrio, *Osteopatia in Italia. Passato, presente e prospettive future*, in *Giosbe Journal*, 2020, pp. 1 - 3.

[48] S. Neri, E. Spina, G. Vicarelli, *Le configurazioni mutevoli delle professioni sanitarie*, in M. Cardano, G. Giarelli, G. Vicarelli (a cura di), *Sociologia della salute e della medicina*, Bologna, Il mulino, 2020, pp. 273-298.

[49] S. Di Mauro, S. Montalti, M. Negri, *La formazione degli infermieri in Italia: chi si vuole formare? nurses in italy: what is the goal?,* in *Journal of medicine & the person*, 2003, n.1.

[50] G. Soren, *Un riconoscimento per il chinesiologo delle attività motorie preventive e adattate,* in quotidianosanità, https://www.quotidianosanita.it/lettere-al. direttore/articolo.php?articolo_id=113790#:~:text=lgs.,insostenibile%20nel%20mercato%20del%20lavoro, 16 maggio 2023.

[51] F. Gomez Paloma, M. Sibilio, *Chinesiologia: professione e cultura*, in *sport & medicina*, n. 3, 2006, pp. 33-37.

doi.org/10.30682/disp0601c

Infatti, nel corso della storia sanitaria del nostro paese, molteplici sono state le riforme che hanno interessato il comparto sanità sia in tema di professioni sanitarie, che in riferimento al percorso formativo delle stesse.[52] Si pensi al fulgido periodo di riforme degli anni 90' che dal punto di vista universitario ha permesso di accrescere in maniera esponenziale la preparazione dei professionisti.[53]

Per comprendere appieno la complessità e gli effetti del possibile riconoscimento del chinesiologo quale professionista sanitario, pare utile analizzare il percorso normativo che ha interessato alcune figure oggi operanti nel settore,[54] che hanno vissuto per molti anni nel limbo oggi caratterizzante il professionista chinesiologo.[55] Infatti, gli infermieri[56] hanno per molto tempo operato all'esterno di tale settore ottenendo, non senza poca fatica, il riconoscimento quale professionista sanitario solamente in tempi recenti.[57] L'infermiere, come altresì il podologo o il fisioterapista,[58] nonostante il fondamentale impatto nel settore sanitario, sono stati definiti inizialmente quali professioni paramediche, ossia a disposizione di tutti quegli operatori che, all'opposto, vantavano siffatta qualifica (medici, farmacisti, veterinari, biologi), essendo quindi privi di un'autonoma dignità professionale.[59]

---

[52] Il percorso formativo universitario delle nuove professioni sanitarie, si articola in lauree triennali e in lauree magistrali che si conseguono al termine di un corso della durata di ulteriori due anni, ai quali si accede comunque con il possesso del diploma di laurea, in modo che lo studente possa alla fine acquisire una formazione di livello avanzato. I precedenti percorsi formativi sono stati quindi soppressi e sostituiti da quelle previste dal d. interministeriale 19 febbraio 2009 con il quale il Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca della Salute e delle Politiche Sociali ha definito le seguenti classi: -classe delle lauree in professioni sanitarie infermieristiche e prof sione sanitaria ostetrica (LSNT2); -classe delle lauree in professioni sanitarie della riabilitazione (LUSNT2) -classe delle lauree in professioni sanitarie tecniche (LSNT3); -classe delle lauree in professioni sanitarie della prevenzione (LSNT4). Per una completa disamina si veda C. Bottari, *La tutela della salute: lavori in corso*, Torino, Giappichelli Editore, 2020, pp. 177-180.

[53] Con il termine "professioni sanitarie non mediche" si suole fare riferimento a tutte quelle pratiche che, seppur non rientrino nelle storiche figure del mondo ospedaliero, sono inserite entro le professioni sanitarie al pari dei medici, chirurghi e veterinari. Tali figure professionali hanno ottenuto sempre maggiore riconoscimento e dignità nel corso del tempo, fino ad arrivare ad una piena autonomia e posizione nel contesto professionale sanitario. Sul punto, preme sottolineare come proprio la figura dell'infermiere ha oggi ottenuto una piena dignità professionale, sicché appare del tutto autonoma rispetto al medico, ovvero al chirurgo.

[54] D. Rodriguez, A. Aprile, *L'autonomia delle professioni sanitarie (1a parte). Profili giuridici: le professioni sanitarie di cui all'art. 6, comma 3, del D. Lgs. 30 dicembre 1992, n. 502*, in *Professione-cultura e pratica del medico d'oggi*, n. 12, pp. 11-18.

[55] Il 5 novembre 2020 la Conferenza Stato-Regioni ha raggiunto un accordo sui criteri di valutazione dell'esperienza professionale, nonché i criteri per il riconoscimento dei titoli equipollenti rispetto alla istituzione delle professioni dell'Osteopata e del Chiropratico, sulla base della legge 11 Gennaio 2018, n.3.

[56] V. Dimonte, *Da Servente a infermiere*, Torino, CESPI editore, 2007, pp. 65-68.

[57] V. Dimonte, *Lo sviluppo della professione sanitaria di infermiere in Italia: un ritorno al futuro,* in *Salute e società,* 2003, pp. 87-90.

[58] In tema di possibile conflitto tra fisioterapista e chinesiologo, si precisa come quest'ultimo, a differenze del primo che si caratterizza per il recupero delle zone lese del corpo, pone in essere attività di tipo motorio volte ad ottenere il recupero del condizioni di vita precedentemente goduto; infatti, l'obiettivo primario è agilmente rinvenibile nel reinserimento dello sportivo, o del generico paziente, all'interno della collettività, permettendo agli stessi di ottenere un livello di benessere ottimale.

[59] W. Tousijn, V. Dimonte, *I confini mobili delle professioni sanitarie,* in *Assistenza infermieristica e ricerca*, 2016, n. 35, pp. 163-167.

doi.org/10.30682/disp0601c

Si pensi alla figura dell'infermiere, il quale, a discapito dell'essenziale apporto che quotidianamente prestava all'interno delle aree mediche, ha ottenuto un primo riconoscimento solamente con il decreto ministeriale n. 739/1994.[60]

Quest'ultima riforma ha quindi permesso di definire l'infermiere come quell'operatore sanitario in possesso di un diploma universitario, dedito a tutte le attività di assistenza generale infermieristica.

Il decreto ministeriale n. 739/1994 ha introdotto un livello di alta formazione per gli infermieri, con la creazione di percorsi universitari specifici, introducendo la necessità di aggiornamento professionale continuo.[61] Siffatta novità ha sancito la nascita di una fulgida legislazione volta ad ampliare il quadro delle professioni sanitarie, ponendo al centro di tale riforma la l. 26 febbraio 1999, n. 42, la quale ha sancito il pieno riconoscimento di una pari dignità professionale tra alcuni professionisti paramedici, in particolare gli infermieri, e tutte quelle figure tradizionalmente caratterizzanti il settore sanitario. Ancora, questa riforma ha completato il passaggio (già iniziato con la legge n. 341/1990, di riforma dell'intero comparto universitario, proseguito poi con il d.lgs. 517/1993 e con il d.lgs. 502/1992) dal sistema di formazione degli infermieri gestito dal Servizio Sanitario Nazionale alle Università, permettendo di uniformare il livello di preparazione tra tutti i professionisti. Infine, queste novità hanno garantito l'equiparazione tra gli attestati precedentemente ottenuti in assenza di normativa e i titoli ora necessari per lo svolgimento dell'attività sopra descritta.

La legge 10 agosto 2000, n. 251, ha imposto il diploma di laurea quale necessario presupposto per l'espletamento della generalità delle professioni sanitarie; infatti, oltre a prevedere la disciplina delle professioni sanitarie infermieristiche, tecniche, della riabilitazione, della prevenzione nonché della professione ostetrica.[62]

Quindi, ad oggi, tutte le professioni sanitarie, comprese quelle che un tempo erano definite ausiliarie, sono strutturate su di un percorso di studi universitario, basato su cicli di studio triennali e magistrali che permettono di garantire un livello di preparazione uniforme su tutto il

[60] Il Decreto Ministeriale 739/1994, emanato il 14 settembre 1994, è un documento fondamentale per la professione infermieristica in Italia. Esso definisce il profilo professionale dell'infermiere, stabilendone competenze, responsabilità e ambiti operativi.
Si tratta di un punto di svolta nella regolamentazione della professione, poiché sancisce l'autonomia e la rilevanza dell'infermiere nel contesto sanitario. Prima di questo decreto, l'infermiere era considerato principalmente un esecutore di ordini medici.
Con il DM 739/1994, l'infermiere diventa un professionista autonomo, riconosciuto come figura centrale nella presa in carico globale della persona.

[61] Articolo 1 Comma n.1, con il quale viene individuato il profilo professionale dell'infermiere; non si parla più di Infermieri professionale, abbandonando il termine ausiliario. "L'infermiere è l'operatore sanitario che, in possesso del diploma universitario abilitante e dell'iscrizione all'albo professionale, è responsabile dell'assistenza generale infermieristica".
Il termine "operatore sanitario" verrà rinnovato successivamente con la legge n. 42 del 1999, trasformandosi in "professionista sanitario"

[62] Sul punto, si precisa come la legge 10 agosto 1999, n. 251, all'art. 5, prevede l'istituzione di una disciplina degli ordinamenti didattici di specifici corsi universitari ai quali possono accedere gli esercenti le professioni in possesso di diploma universitario o di titolo equipollente per legge.

doi.org/10.30682/disp0601c

territorio nazione.[63] Infine, appare emblematica la disposizione di cui all'art. 6 della citata legge, la quale impone al Ministero della salute di includere le diverse figure professionali esistenti o che saranno individuate successivamente in una delle fattispecie di cui agli articoli 1, 2, 3 e 4.[64]

Quest'ultima previsione si presenta come lo strumento che permetterà alle autorità di riconoscere future professioni entro il comparto sanitario, collocando le stesse in una delle tipologie descritte dalla medesima legge (infermieri, ostetrici, tecnici-riabilitativi, tecnici-sanitari, tecnici della prevenzione).[65]

La figura del chinesiologo può quindi agilmente essere collocata entro una di queste discipline già esistenti all'interno del nostro ordinamento,[66] non necessitandosi la creazione di una struttura definitoria ad hoc.[67] L'art. 2 della legge, infatti, descrive i professionisti sanitari della riabilitazione come coloro che svolgono attività di prevenzione, cura, riabilitazione e valutazione funzionale del singolo paziente, permettendo di cogliere da tale definizione le caratteristiche proprie dell'attività tecnica espletata dal chinesiologo.[68]

---

[63] S. Proia, *Professioni sanitarie: è ora di una nuova riforma della formazione*, in quotidianosanità, https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=112213, 21.03.2023.

[64] Sul punto preme sottolineare come la riforma Lorenzin ha modificato il precedente art. 5 l. 43/2006 in materia di creazione di nuove professioni sanitarie, specificando come l'individuazione di nuove professioni sanitarie da comprendere in una delle aree di cui agli articoli 1, 2, 3 e 4 della legge 10 agosto 2000, n. 251, il cui esercizio deve essere riconosciuto in tutto il territorio nazionale, avviene in sede di recepimento di direttive dell'Unione europea ovvero per iniziativa dello Stato o delle regioni, che non trovino rispondenza in professioni già riconosciute. L'istituzione di nuove professioni sanitarie è effettuata, previo parere tecnico-scientifico del Consiglio superiore di sanità, mediante uno o più accordi, sanciti in sede di Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano, e recepiti con decreti del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei ministri.
I citati accordi si occupano di individuare il titolo professionale, l'ambito di attività di ciascuna professione, i criteri di valutazione dell'esperienza professionale nonché i criteri per il riconoscimento dei titoli equipollenti. Per un approfondimento sul tema si veda B. M. Orciani, *La riforma ordinistica delle professioni sanitarie,* in *"Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, pp. 299-318.

[65] W. Tousijn, V. Dimonte, *I confini mobili delle professioni sanitarie,* in *Assistenza infermieristica e ricerca*, 2016, pp. 163-167.

[66] Si pensi all'art. 2 della legge 251/2000, rubricato professioni sanitarie riabilitative che, al comma 1, descrive; "*Gli operatori delle professioni sanitarie dell'area della riabilitazione svolgono con titolarità e autonomia professionale, nei confronti dei singoli individui e della collettività, attività dirette alla prevenzione, alla cura, alla riabilitazione e a procedure di valutazione funzionale, al fine di espletare le competenze proprie previste dai relativi profili professionali".*
Oppure all'art. 3, rubricato professioni tecnico-sanitarie; "*Gli operatori delle professioni sanitarie dell'area tecnico-diagnostica e dell'area tecnico-assistenziale svolgono, con autonomia professionale, le procedure tecniche necessarie alla esecuzione di metodiche diagnostiche su materiali biologici o sulla persona, ovvero attività tecnico-assistenziale, in attuazione di quanto previsto nei regolamenti concernenti l'individuazione delle figure e dei relativi profili professionali definiti con decreto del Ministro della sanità".*

[67] S. Proia, *Professioni sanitarie: è ora di una nuova riforma della formazione,* in quotidianosanità, https://www.quotidianosanita.it/studi-e-analisi/articolo.php?articolo_id=112213,21 marzo 2023

[68] Per una completa disamina, si vedano i paragrafi di cui sopra in merito alle prestazioni erogate dai chinesiologi

doi.org/10.30682/disp0601c

Infine, assume altresì particolare rilevanza la creazione di un Ordine e di un albo professionale del possibile chinesiologo operante in ambito sanitario;[69] infatti, la presenza di un Ordine di settore, con apposito regolamento e codice deontologico, non si limita solo a conferire formalità ad una certa professione, ma alimenta altresì la presenza della stessa all'interno di un comparto professionale. Si pensi alle attività concernenti la tenuta degli albi, l'espletamento di procedura disciplinari, la creazione di un tariffario o la liquidazione dei compensi.

Inoltre, la necessaria iscrizione ad un Ordine[70] si pone quale ulteriore presupposto per lo svolgimento di una certa attività, impedendo a tutti coloro che ne sono privi di poter lavorare in modo lecito nel settore di interesse. La soluzione pare quindi già presente all'interno del nostro ordinamento.[71]

Sul punto, preme tuttavia sottolineare come tale scelta giuridica spetti alle istituzioni politiche in concerto con gli enti competenti;[72] nello specifico, preme evidenziare come già l'Organizzazione Mondiale della Sanità, negli ultimi anni, abbia posto l'attenzione sulla necessità per tutti gli stati membri di predisporre politiche volte ad incentivare l'attività fisica come strumento volto alla prevenzione delle patologie fisiche, nonché come strumento di cura delle stesse.[73]

Sulla base di tali ultime considerazioni, i gruppi di riferimento della categoria, forti della riforma dello Sport[74] introdotta con il decreto legislativo 28 febbraio 2021, n. 36, hanno da tempo iniziato un dialogo con le istituzioni centrali,[75] con l'obiettivo di ottenere il

[69] Gli ordini professionali sono organizzazioni istituzionali regolamentate che rappresentano specifiche professioni. Hanno l'obiettivo di garantire la qualità, l'integrità e il rispetto delle normative nell'esercizio della professione da parte dei propri iscritti. Sono un elemento distintivo di molte professioni che implicano una particolare responsabilità verso il pubblico e la società.
Gli Ordini delle Professioni Infermieristiche (OPI) sono enti di diritto pubblico non economico e agiscono quali organi sussidiari dello Stato al fine di tutelare gli interessi pubblici, garantiti dall'ordinamento, connessi all'esercizio professionale. Sono istituiti e regolamentati dalla Legge 3/2018 (pubblicata sulla G.U del 31/01/2018, vigente al 15/02/2018).

[70] B. M. Orciani, *La riforma ordinistica delle professioni sanitarie*, in *Autonomie locali e servizi sociali*, 2020, pp. 299-318.

[71] G. Soren, *Un riconoscimento per il chinesiologo delle attività motorie preventive e adattate*, in quotidianosanità.it, https://www.quotidianosanita.it/lettere-al-direttore/articolo.php?articolo_id=113790, 16.05.2023.

[72] È bene precisare come siano già presenti diverse esperienze regionali che hanno inserito il chinesiologo AMPA con contratti atipici nelle medicine territoriali, si pensi alla regione Veneto o Emilia-Romagna.

[73] Si vedano le Linee Guida pubblicate dall'OMS; S. Al-Ansari et al., WHO team group, "*Who guidelines on physical activity and sedentary behaviour*", in https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/337001/9789240014886-eng.pdf., 2020.

[74] F. Orso, *La riforma dello sport: l'autonomia del circuito olimpico nazionale alle prese con la giuridificazione del fenomeno sportivo*, in *Associazione Italiana dei Costituzionalisti, Osservatorio*, 2022, pp. 101-124.

[75] Le associazioni rappresentative, infatti, sono state udite dalla II Sezione del Consiglio Superiore di Sanità, nonché dalla Direzione generale delle professioni sanitarie e delle risorse umane del Servizio Sanitario Nazionale, fornendo dati, documenti e informazioni essenziali in merito alla posizione del chinesiologo, affinché le istituzioni preposte potessero avere piena contezza della natura e degli importanti risvolti sanitari derivanti dal lavoro dello stesso. Importante è altresì sottolineare come la commissione Salute della Conferenza Stato – Regioni, nel corso del 2023, ha valutato positivamente all'unanimità la richiesta di riconoscimento del Chinesiologo LM-67 come nuova professione sanitaria, fornendo al Ministro della Salute e alla Direzione competente tutti gli elementi essenziali per poter sussumere la figura entro l'esercizio della professione sanitaria.

doi.org/10.30682/disp0601c

riconoscimento del laureato nelle attività motorie preventive e adattate quale nuovo esercente la professione sanitaria.[76]

Lo svolgimento dell'attività fisica come strumento di prevenzione e cura,[77] con conseguente applicazione della normativa di natura sanitaria, è stato riconosciuto altresì dall'OMS che, durante il 2020, ha pubblicato delle importanti Linee Guida che affrontano in prima linea tale importante battaglia; nello specifico, l'OMS ha puntualizzato alcuni indirizzi volti a determinare il necessario esercizio fisico che, come sostenuto nel presente scritto, si presenta quale strumento necessario per prevenire patologie croniche e diminuire gli effetti dannosi di quelle già diagnosticate.[78]

Tale ultimo documento si occupa di suddividere le attività motorie in base all'età del paziente, creando vere e proprie fasce di anzianità con relativi esercizi e condotte volte alla prevenzione e alla cura; "*The public health recommendations presented in the WHO Guidelines on physical activity and sedentary behaviour are for all populations and age groups ranging from 5 years to 65 years and older, irrespective of gender, cultural background or socioeconomic status, and are relevant for people of all abilities".*

Da tale quadro direzionale, si evidenzia come l'OMS, introducendo delle Linee Guida di tale tenore, abbia voluto sottolineare la natura sanitaria e curativa dell'esercizio fisico,[79] rendendo

---

[76] L'Istituto Superiore di Sanità, recependo tali indirizzi, ha da tempo affermato che *"l'attività fisica rappresenta uno dei principali strumenti per la prevenzione delle malattie croniche non trasmissibili, per il mantenimento del benessere psico-fisico e per il miglioramento della qualità della vita", evidenziando le principali ricadute dello svolgimento dell'attività fisica per la prevenzione, in particolare delle patologie muscolo-scheletriche, di quelle cardiovascolari e di quelle legate all'alimentazione, nonché quelle psicologiche".* Nel rapporto Istisan 18/9 redatto dal Ministero della Salute in collaborazione con il CONI viene evidenziato come l'adozione di politiche volte a favorire dei sani stili di vita anche attraverso l'esercizio fisico abbia un riflesso consistente sulla spesa sanitaria, permettendo un risparmio di circa 2,3 miliardi di euro all'anno. In particolare, viene riportato come la prevenzione tramite l'esercizio fisico sia in grado anche di riflettersi sulle condizioni che contrastano l'insorgenza di patologie tumorali e depressive.
Istituto Superiore di Sanità, "Movimento, sport e salute: l'importanza delle politiche di promozione dell'attività fisica e le ricadute sulla collettività", 2018, pp. 66-94.

[77] F. Cereda, *Attività Fisica e Sportiva: tra l'educazione della persona e le necessità per la salute,* in *Formazione & insegnamento*, 2016, pp. 25-32.

[78] "*The 2020 WHO Guidelines on physical activity and sedentary behaviour, replace the 2010 guidelines and are based on the most recent advances in the evidence for the selected behaviours and associated health consequences. They will form part of the overall set of global recommendations on physical activity and sedentary behaviour".*

[79] Le Linee Guida sopra citate definiscono l'esercizio fisico come *"Regular physical activity is a known protective factor for the prevention and management of noncommunicable diseases such as cardiovascular disease, type-2 diabetes, breast and colon cancer. Physical activity also has benefits for mental health, delays the onset of dementia, and can contribute to the maintenance of healthy weight and general well-being. Physical activity is defined as any bodily movement produced by skeletal muscles that requires energy expenditure and can be performed at a variety of intensities, as part of work, domestic chores, transportation or during leisure time, or when participating in exercise or sports activities. At the low end of the intensity range, sedentary behaviour is defined as any waking behaviour while in a sitting, reclining or lying posture with low energy expenditure. Emerging new evidence indicates that high levels of sedentary behaviour are associated with cardiovascular disease and type-2 diabetes as well as cardiovascular, cancer and all-cause mortality".*

doi.org/10.30682/disp0601c

necessaria l'individuazione di una figura professionale debitamente istruita per svolgere tale attività.

Ancora, appare lampante come l'OMS abbia voluto affermare la natura sanitaria dell'attività descritta nel citato *paper*, rendendo necessaria la presenza di una figura rientrante nel comporto sanità. Infatti, solamente uno specialista riconosciuto entro la professione sanitaria può concretamente svolgere e seguire le Linee Guida quivi descritte.

Ecco che emerge chiaramente un ulteriore elemento a sostegno della tesi qui sostenuta; il pronto riconoscimento del professionista della prevenzione e delle tecniche adattive entro il comparto sanità, non solo permetterebbe una maggiore garanzia per gli stessi operatori, ma appare necessario altresì per il rispetto degli indirizzi dettati dalla stessa OMS. Sulla scorta di queste considerazioni, il Senato della Repubblica, con disegno di legge n. 2475,[80] ha rappresentato concretamente il possibile riconoscimento del chinesiologo entro le professioni sanitarie;[81] infatti, dalla lettura del disegno di legge si evince come l'attività fisica sia ormai considerata un elemento trainante la salute e il benessere della Regione europea.

Si legge; *"I benefici per la salute derivanti dall'attività fisica, ampiamente dimostrati dall'evidenza scientifica, comprendono un minor rischio di contrarre malattie cardiovascolari, ipertensione e diabete, svolge un ruolo importante nella gestione di talune affezioni croniche e produce effetti positivi anche sulla salute mentale riducendo le reazioni da stress, ansia e depressione. L'attività fisica rappresenta un fattore terminante per il dispendio energetico ed è quindi essenziale ai fini dell'equilibrio energetico e del controllo del peso".*

Il laureato in scienze delle attività motorie e sportive, quindi, si presenta come un esperto del corpo e della relativa mobilità, il quale, stante l'ampia e duratura preparazione, può rivestire un ruolo fondamentale nella definizione di programmi di prevenzione, rappresentando così un punto di riferimento per interventi di natura sanitaria.[82]

Dal commento introduttivo al disegno di legge si evince la necessità di inquadrare in modo compiuto il personale qualificato all'interno delle strutture ove si praticano a vario titolo l'attività motoria e sportiva, stante la necessità di tutelare la salute in tutti i suoi aspetti. Inoltre, siffatta soluzione permetterebbe, da un lato, di evitare l'abuso di una professione così importante nel panorama della quotidianità e, dall'altro, verrebbe altresì fortemente limitato a tutti

[80] Si legge; *"l'istituzione, nell'ambito delle professioni sanitarie, della professione del chinesiologo clinico cui possono accedere coloro che abbiano conseguito la laurea magistrale in scienze motorie preventive e adattate, o titoli equipollenti.*
In un'ottica di tutela della salute incentrata sulla promozione della prevenzione si prevede dunque all'articolo 6 che le attività motorie debbano essere necessariamente pianificate e messe in atto da personale qualificato, all'interno di tutte le strutture, sia pubbliche che private, che a vario titolo intendano svolgere al proprio interno attività motorie e sportive".

[81] Disegno di legge n. 2475 del 13.07.2016, presso il Senato della Repubblica; "Disposizioni in materia di riconoscimento e regolamentazione delle professioni relative alle attività motorie, nonché delega al Governo per l'istituzione della figura di insegnante specializzato in attività motorie".

[82] F. Casolo, D. Coco, *Articolo 33, Comma 7 della Costituzione italiana: Circa lo Sport e le attività sportive,* in *Formazione & insegnamento*, 2024, pp. 5-11.

doi.org/10.30682/disp0601c

quei soggetti non qualificati lo svolgimento di attività che potrebbero compromettere la salute dei pazienti stessi.

Nello specifico, l'articolo 4 del sopracitato disegno di legge istituisce la figura professionale del chinesiologo delle attività cliniche, specificando come "*Nell'ambito delle professioni sanitarie è istituita la professione di chinesiologo clinico. Per l'esercizio della professione sanitaria di cui al presente comma è necessario il possesso della laurea magistrale in scienze e tecniche delle attività motorie preventive e adattate, classe di laurea LM-67, o di titoli equipollenti alla laurea abilitante".*

Ancora, il quarto comma della medesima disposizione introduce una particolarità che, in base al contesto sanitario-normativo del nostro ordinamento, sancirebbe l'ingresso della professione entro l'ambito sanitario, ovverosia la necessaria iscrizione in un apposito albo professionale;[83] *"È istituito, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, presso il collegio dei tecnici sanitari di radiologia medica, l'albo per la professione di chinesiologo clinico. Possono iscriversi all'albo i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 1".*[84]

Nonostante quanto sopra detto, soprattutto in riferimento ai molteplici tentativi di qualificare in termini maggiormente compiuti e specifici la figura dei laureati in scienze motorie, vari sono stati i conflitti nascenti da tale volontà legislativa.

Infatti, specifiche categorie professionali, da tempo operanti nel settore motorio-sanitario, si sono opposte con fermezza al nuovo tentativo di riconoscimento della figura del chinesiologo;[85]

[83] Sul punto, la riforma Lorenzin ha permesso di introdurre nel contesto normativo nuovi Ordini professionali, nonché regole ulteriori affinché i professionisti potessero essere collocati entro gli stessi l'art. 12 della citata legge introduce un'importante riforma al Codice penale in tema di esercizio abusivo della professione; "*L'articolo 348 del codice penale è sostituito dal seguente: «Art. 348 (Esercizio abusivo di una professione). - Chiunque abusivamente esercita una professione per la quale è richiesta una speciale abilitazione dello Stato è punito con la reclusione da sei mesi a tre anni e con la multa da euro 10.000 a euro 50.000".*

[84] Per quanto concerne la formazione dei chinesiologi clinici, l'art. 5 del ddl introduce il necessario requisito del possesso di una laurea specifica; *"Nell'ambito della propria autonomia, le facoltà universitarie di scienze delle attività motorie e sportive possono favorire l'uniformità dei propri piani di studio, relativi sia ai corsi di laurea magistrali che a quelli triennali, al fine di migliorare la formazione degli studenti, di assicurare una maggiore competitività a livello internazionale, nonché di agevolare la comunicazione e la collabo razione tra le università. L'accesso ai corsi di laurea in scienze delle attività motorie e sportive, compresi i corsi delle lauree magistrali, è subordinato, ai sensi della legge 2 agosto 1999, n. 264, al superamento di test di ammissione comprendenti una prova inerente le capacità fisico-motorie, determinante ai fini del giudizio finale, una visita medico-sportiva ed una prova scritta generale relativa ai pro grammi di studio del corso di studi, che attribuisca un punteggio massimo non superiore a quello relativo alla prova fisico-motoria. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della presente legge il Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, di concerto con il Ministro della salute, definisce con proprio decreto il contenuto dei test di ammissione di cui al presente comma".*

Tale riforma permetterebbe quindi di vincolare l'esercizio della professione in ambito clinico solamente ai soggetti che, da un lato, hanno conseguito il relativo titolo di studio e, dall'altro, siano iscritti all'apposito albo professionale, evitando, quindi, la diretta concorrenza con tutti coloro che svolgono detta professione pur essendo privi del titolo di studio necessario.

[85] Come sopra evidenziato, Negli ultimi anni si è acceso un dibattito tra fisioterapisti e chinesiologi riguardo al riconoscimento professionale di questi ultimi. I fisioterapisti, in quanto professionisti sanitari abilitati alla diagnosi funzionale e alla riabilitazione, esprimono preoccupazione per una possibile sovrapposizione di

doi.org/10.30682/disp0601c

infatti, lo svolgimento di attività come quelle del chinesiologo, che potrebbero astrattamente essere ricondotte entro il mondo sanitario, ha certamente preoccupato i lavoratori già da tempo operanti nel settore, intimoriti dalla possibile concorrenza di soggetti specializzati. Il chinesiologo, come detto, non è mai stato inserito tra le professioni sanitarie, entrando in conflitto con le figure già operanti nel settore, le quali eseguono di fatto prestazioni di natura preventiva/motoria del tutto similari a quelle svolte dalla quivi descritta professione.[86] Il rapporto maggiormente problematico è senza dubbio quello intercorrente tra il chinesiologo e il fisioterapista;[87] infatti, l'attività svolta da questi ultimi è volta alla riabilitazione e alla riattivazione delle funzioni motorie, caratterizzandosi di fatto nello svolgimento di attività di natura sanitaria,[88] all'opposto il chinesiologo, non rientrando nell'area medica, si rivolge sia a soggetti sani che a soggetti malati, i quali, in seguito al trattamento fisioterapico, non abbiano raggiunto la completa guarigione.[89]

Tale contrasto ha portato altresì all'intervento della Corte Costituzionale che ha ritenuto illegittima una legge della regione Sicilia, la quale aveva riservato alcune attività ai laureati in scienze motorie.[90]

Infine, come facilmente immaginabile, il possibile collocamento della figura del laureato in scienze motorie dedito ad attività di prevenzione e cura entro il comparto sanità, potrebbe effettivamente causare un turbamento nel mondo giuridico, sicché appare fondamentale, seppur in breve, analizzare i principali risvolti di tale auspicata riforma.

---

competenze, soprattutto in ambito terapeutico. I chinesiologi, laureati in Scienze Motorie, rivendicano invece un ruolo autonomo e complementare, centrato sulla prevenzione e sull'esercizio fisico adattato.
Il riconoscimento legislativo della figura del chinesiologo, sancito nel 2022, ha rafforzato la loro posizione, ma ha anche alimentato tensioni con l'area sanitaria, evidenziando la necessità di confini professionali chiari e rispettati.

[86] Appare quindi chiaro il difficoltoso rapporto tra le due figure professionali; basti pensare alla sentenza di illegittimità costituzionale pronunciata dalla Corte Costituzionale il 23 luglio 2018, n. 172 che, pronunciandosi in riferimento alla nascita di una nuova figura professionale, ha voluto censurare l'art. 56 l.r. 16/2017 della Regione Sicilia; nello specifico, tale disposizione aveva il merito di aver riservato in modo esclusivo lo svolgimento delle professioni concernenti le attività fisiche ai soggetti in possesso della laurea in scienze motorie, ovvero del diploma ISEF, nelle strutture sanitarie e socio sanitarie pubbliche.
La censura della Corte, come facile immaginare, risiedeva nel fatto che la Regione Sicilia non avrebbe potuto creare una nuova figura professionale rappresentata dai laureati in scienze motorie, e nemmeno prevedere il relativo diploma quale titolo abilitate l'esercizio di professioni sanitarie di competenza di fisioterapisti e laureati in medicina, essendo tale competenza riservata allo Stato ai sensi dell'art. 117, comma 3 Cost.
La Corte, tuttavia, ha censurato la predetta normativa regionale altresì sulla scorta della conseguente esclusione dall'esercizio della professione di prevenzione ed efficientamento motorio dei fisioterapisti[86] che, invece, sarebbero gli unici professionisti deputati ad interventi di prevenzione, cura e riabilitazione nelle aree della motricità

[87] Il punto di critica non è dunque rappresentato dal fatto che la Corte ha affermato che le attività che la Regione Sicilia intendeva riservare ai laureati in scienze motorie potessero essere eseguite anche dai fisioterapisti, ma dalla riserva a questi ultimi di quelle attività tipiche per cui invece è prevista una lunga e specifica formazione.

[88] M. Angelucci, *Il paradosso dello sport in Italia*, Roma, Biblioteca Italiana, 2015, pp. 90-100.

[89] N. Introna, *Il binomio «sport e salute» nella riforma del diritto dello sport: istituzioni, strutture, professionalità e responsabilità,* Università degli studi di Trento, Facoltà di Giurisprudenza, Trento, 2022.

[90] L. Zambelli, F. Pegreffi, *Il laureato in scienze motorie, professionista della pianificazione del benessere /e del rilancio socio-sanitario dopo il Covid-19,* in *Sanità Pubblica e Privata*, 2021, pp. 58-60.

doi.org/10.30682/disp0601c

6. Le principali conseguenze della qualifica di esercente la professione sanitaria

Il possibile riconoscimento sanitario del ruolo del chinesiologo AMPA rappresenterebbe uno spartiacque fondamentale nel mondo giuridico dei professionisti sportivi, sicché appare di centrale importanza sottolineare gli aspetti maggiormente rilevanti di siffatto inquadramento.

Infatti, la conseguenza principale della collocazione di una nuova professione entro il panorama sanitario è certamente rinvenibile nell'applicazione del regime giuridico regolante il settore predetto, caratterizzato da molteplici aspetti. In primis, pare fondamentale sottolineare l'applicazione della normativa di maggior spettro, ovverosia la l. 24/2017, legge Gelli-Bianco, che si occupa di disciplinare molteplici aspetti rilevanti degli esercenti la professione sanitaria.[91] La presente trattazione, tuttavia, non permette di soffermarsi sulla disamina completa degli istituti d'interesse, sicché verrà offerta una rapida trattazione solamente degli indici di pronta applicazione.

6.1. Il regime della responsabilità del sanitario: cenni

Il possibile riconoscimento del chinesiologo entro la professione sanitaria comporta, in primo luogo, l'applicazione della nuova normativa in materia di responsabilità sanitaria,[92] sotto il punto di vista penale e civile.

In particolare, l'art. 7 della citata riforma compie, per la prima volta, una scissione del regime civilistico della responsabilità del sanitario rispetto a quella della struttura.[93] Infatti, la struttura sanitaria, sia pubblica che privata, manterrà un regime di responsabilità avente natura contrattuale, sia per i sinistri direttamente imputabili alla stessa, sia per quei danni posti in essere dagli esercenti la professione sanitaria operanti all'interno della struttura, anche se non dipendenti ovvero se scelti dal paziente stesso; *"La struttura sanitaria o sociosanitaria pubblica o privata che, nell'adempimento della propria obbligazione, si avvalga dell'opera di esercenti la professione sanitaria, anche se scelti dal paziente e ancorché non dipendenti della struttura stessa, risponde, ai sensi degli articoli* 1218 e 1228 *del codice civile, delle loro condotte dolose o colpose".*

Questo aspetto appare di primaria importanza per il possibile riconoscimento del chinesiologo; infatti, il laureato in scienze motorie che svolge siffatta professione, potrebbe concretamente essere collocato entro le strutture sanitarie pubbliche, con la conseguente applicazione

[91] V. Miconi, *La responsabilità professionale dei sanitari: come cambia dopo la legge Gelli-Bianco,* in *La Rivista Italiana della Medicina di Laboratorio*, 2018, p. 184.

[92] La legge n. 24/2017 si sostituisce alla precedente disciplina normativa vigente con il decreto Balduzzi, n. 158/2012, il quale, in tema di responsabilità civile, introduceva un regime giuridico di tipo contrattuale per la posizione del singolo sanitario.
Conseguentemente, spettava a quest'ultimo l'onere della prova inerente alla propria condotta diligente rispetto al danno lamentato dal singolo paziente, sicché la posizione dello stesso sanitario appariva decisamente più gravosa rispetto a quella odierna.

[93] Cass. Civ., Sez. VI, 17 aprile 2014, n. 8940, con la quale la Suprema Corte aveva mantenuto la propria posizione, ribadendo la teoria del contatto sociale di stampo contrattuale, con la conseguenza che il danneggiato è posto in una posizione di vantaggio, stante la semplicemente prova dell'esistenza del "contatto"

doi.org/10.30682/disp0601c

non solo della normativa quivi analizzata,[94] ma altresì delle rispettive Linee guida che dovranno, in tal caso, essere introdotte nel sistema sanitario.[95]

Dall'altro lato, per quanto concerne la natura giuridica della responsabilità dell'esercente, la l. 24/2017 ha radicalmente mutato il regime precedente ad esso applicabile, differenziando il personale strutturato[96] dal libero professionista; infatti, per quanto concerne la prima figura, trova nuova luce la responsabilità aquiliana del danno, la quale era stata superata con la sentenza della Suprema Corte n. 589/1999, riaffermando il regime extracontrattuale derivante dall'art. 2043 c.c., con il conseguente capovolgimento della posizione del paziente che passa ad una posizione maggiormente ostica a seguito dell'inversione dell'onere.[97]

Per quanto riguarda invece il libero professionista, che opera al di fuori della struttura sanitaria, o che viene ingaggiato personalmente dal paziente mediante specifico corrispettivo, la normativa mantiene vivo il regime contrattuale affermato in precedenza, stante il rapporto d'impiego di natura prettamente obbligazionista.

6.2. L'obbligo assicurativo degli esercenti la professione sanitaria

La legge 24/2017 dedica un ampio spazio al profilo assicurativo, introducendo un regime specialistico che, partendo dalle riforme precedentemente introdotte (nello specifico il decreto Madia), delinea obblighi differenti in base ai soggetti sanitari oggetto di esame.[98] La disposizione

[94] S., Aleo et al. (A cura di), *La responsabilità sanitaria,* Milano, Giuffré, Vol. 1, 2018, pp. 130-143.

[95] Si fa riferimento all'erogazione della prestazione intramuraria (o intramoenia), la quale viene definita come; "l'attività che la dirigenza del ruolo sanitario medica e non medica, individualmente o in équipe, esercitata fuori dall'orario di lavoro, in favore e su libera scelta dell'assistito pagante, ad integrazione e supporto dell'attività istituzionalmente dovuta". Si veda *Esercizio dell'attività libero professionale intramuraria* reperito presso leg16.camera.it, Parlamento italiano.
Per quanto concerne il regime dell'erogazione della prestazione extramoenia, si suole far riferimento alle attività lavorative eseguite dai professionisti sanitari all'esterno della struttura di appartenente e caratterizzata da un rapporto di lavoro non esclusivo.

[96] La specificazione del regime in cui il sanitario svolge le proprie attività è di fondamentale importanza sia per individuare la natura della responsabilità, sia il regime assicurativo; con il termine "strutturato" si fa riferimento a tutti i professionisti sanitari che svolgono la propria attività all'interno di una struttura sanitaria o sociosanitaria, pubblica/privata, agendo non solo per conto della stessa ma facendone valere anche il nome. Gli esercenti strutturati possono, quindi, essere sia dipendenti della struttura in cui operano, sia liberi professionisti ed in forza di questa posizione risponderanno per i danni cagionati sulla base dell'art. 2043 c.c., ovvero responsabilità extracontrattuale (art. 7 l. 24/2017). Il libero professionista strutturato non intrattiene un rapporto contrattuale con il paziente, non assumendo quindi una specifica obbligazione che altrimenti lo vincolerebbe alla responsabilità contrattuale ex art. 1218 c.c. La ratio sottesa a questa valutazione si basa sulla considerazione che questa figura professionale in nulla si differenzia, a livello di attività sanitaria, dall'esercente dipendente agendo per nome e contro della struttura stessa, sulla base del contratto concluso tra le parti.

[97] F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit (a cura di), *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 275.

[98] Le polizze assicurative con clausola "claims made" sono particolarmente diffuse nel settore sanitario, specialmente tra professionisti come medici e fisioterapisti. A differenza delle polizze "occurrence", che coprono gli eventi accaduti durante il periodo di validità della polizza, le "claims made" coprono solo le richieste di risarcimento presentate durante la vigenza della polizza, anche se l'evento dannoso è avvenuto in passato, purché dopo la "data di retroattività" indicata nel contratto. Questo significa che, se la polizza non viene rinnovata o viene cambiata senza garantire la retroattività, il professionista può restare scoperto da responsabilità legate ad

doi.org/10.30682/disp0601c

principale in tema assicurativo si individua nell'art. 10,[99] il quale si presenta con un testo particolarmente tecnico e di esteso contenuto; nello specifico, il primo comma è dedicato all'individuazione dei vari obblighi assicurativi a carico delle strutture sanitarie; da una parte, si introduce un vincolo alla conclusione di un contratto di assicurazione della responsabilità civile, con l'obiettivo di coprire sia la responsabilità verso terzi, sia la responsabilità verso i prestatori d'opera per tutti i danni che sono direttamente imputabili alla struttura, anche se cagionati dal personale.[100] Questo primo obbligo assicurativo tende a coprire anche tutti quei sinistri posti in essere dal libero professionista intramurario, ossia quell'esercente la professione che opera all'interno della struttura sanitaria, obbligandosi ad una prestazione a favore di un singolo paziente pagante, utilizzando i locali della struttura stessa al di fuori dell'orario istituzionale di riferimento.

Questa figura potrebbe concretamente interessare la posizione del chinesiologo che, se riconosciuto quale esercente la professione sanitaria, potrebbe concretamente fare uso dei locali propri di una struttura di riferimento.

Si pensi a tutte le visite che potrebbero essere svolte attraverso sistemi tecnologici aggiornati, ovvero agli spazi appositi forniti dalle strutture, i quali sono generalmente completi di tutti gli strumenti necessari allo svolgimento della professione.

Dall'altro lato, il secondo periodo del primo comma dell'art. 10, legge Gelli-Bianco, contiene un ulteriore obbligo assicurativo a carico delle strutture sanitarie, volto a coprire la responsabilità verso terzi degli esercenti la professione sanitaria che operano all'interno della struttura nella quale il sinistro è cagionato.

La struttura è quindi obbligata alla stipula di un apposito contratto di assicurazione della responsabilità civile a favore dell'operatore sanitario ivi operante, affinché possa essere coperto dai possibili sinistri dallo stesso cagionati.[101]

Infine, ultimo tassello di fondamentale importanza per trattare il profilo assicurativo che si applicherebbe a seguito del riconoscimento del chinesiologo entro le professioni sanitarie, pare essere l'obbligo che ricade direttamente sul professionista.

Infatti, in nostro ordinamento riconosce la possibilità ai professionisti sanitari di esercitare le

attività svolte in precedenza. Per questo, è fondamentale per gli operatori sanitari verificare con attenzione clausole come la retroattività e la postuma, per garantirsi una tutela continuativa e completa contro i rischi legati all'esercizio della professione.

[99] F. Laus, *L'assicurazione nella nuova responsabilità sanitaria*, in C. Bottari (a cura di), *La nuova disciplina della responsabilità sanitaria*, Bologna, Bononia University Press, 2019, pp. 61-71.

[100] La disposizione sopra analizzata garantisce l'operatività della copertura assicurativa anche per tutti i danni cagionati dal personale a qualunque titolo operante all'interno della struttura.

Il termine "personale" deve essere considerato in termini estensivi, ovvero non limitato ai professionisti dipendenti della struttura, ma facente riferimento a tutti quei soggetti dei quali la struttura si avvale, nell'espletamento delle proprie attività; elemento centrale per poter rientrare nella qualifica di "personale" è l'assenza di un rapporto contrattuale con il paziente.

[101] F. Gelli, M. Hazan, D. Zorzit, (A cura di) *La nuova responsabilità sanitaria e la sua assicurazione*, Milano, Giuffrè, 2017, p. 566.

doi.org/10.30682/disp0601c

proprie attività fuori da un contesto di dipendenza, con la conseguenza della naturale nascita di nuove forme assicurative disciplinanti la copertura della responsabilità civile verso terzi.

L'art. 7 della legge 24/2017, al terzo comma, precisa come il regime di responsabilità aquiliana non si può estendere a coloro i quali hanno assunto apposita obbligazione nei confronti di un paziente.[102]

Siffatto quadro normativo comporta la necessaria applicazione della disciplina contrattuale che impone degli obblighi reciproci tra le parti; da un lato, l'esercente la professione sarà tenuto ad erogare la prestazione a favore del paziente e, dall'altro, quest'ultimo dovrà corrispondere al medico la somma di denaro predeterminata.[103] La legge 24/2017,[104] introduce quindi uno specifico obbligo assicurativo applicabile ai liberi professionisti; infatti, tale ultima previsione normativa viene descritta in modo particolarmente specifico, prevedendo come; *"Per l'esercente la professione sanitaria che svolga la propria attività al di fuori di una delle strutture di cui al comma 1 del presente articolo o che presti la sua opera all'interno della stessa in regime libero-professionale ovvero che si avvalga della stessa nell'adempimento della propria obbligazione contrattuale assunta con il paziente ai sensi dell'articolo 7, comma 3…"*.[105]

La disposizione qui riportata evidenzia, quindi, tre situazioni specifiche a fronte delle quali nasce l'obbligo assicurativo; si fa riferimento, in primis, a tutti coloro che svolgono l'attività al di fuori di una struttura sanitaria, poi ai soggetti che operano all'interno di queste ultime ma in regime di libera professione, e infine a tutti coloro che si avvalgono dei locali della struttura per la realizzazione di un'obbligazione appositamente conclusa con il paziente.[106] La conoscenza del sopra accennato quadro normativo appare di centrale importanza per la figura del

[102] P. Corrias, *La copertura dei rischi della attività sanitaria nella legge Gelli-Bianco*, in *Responsabilità medica,* 2018, pp. 119-127.

[103] L. Gasparini, *La disciplina dell'obbligo assicurativo*, in *Sanità Pubblica e Privata*, 2023, pp. 27-38.

[104] Merita qualche cenno il nuovo decreto attuativo in vigore dal 16 marzo 2024. Il decreto 15 dicembre 2023 pone come punto di riferimento per il sistema sanitario la presenza di una compiuta disciplina assicurativa volta alla tutela strutturale del danneggiato, attuando l'obbligo introdotto nel 2017 per le strutture sanitarie pubbliche e private ovverosia la necessaria stipula di un contratto volto a garantirne la solvibilità nel rispetto di massimali predeterminati a livello nazionale.

Nello specifico, per quanto di nostro interesse, preme sottolineare come l'art. 3, comma 3, del decreto attuativo dia concreta operatività alla previsione assicurativa disciplinata all'art. 10 c. 3, l. 24/2017, avente ad oggetto sia la disciplina di rivalsa delle strutture sanitarie sia l'azione diretta del danneggiato nei confronti della compagnia assicurativa.

[105] Così continua poi l'art. 11 della l. Gelli-Bianco; "*La garanzia assicurativa deve prevedere una operatività temporale anche per gli eventi accaduti nei dieci anni antecedenti la conclusione del contratto assicurativo, purché denunciati all'impresa di assicurazione durante la vigenza temporale della polizza. In caso di cessazione definitiva dell'attività professionale per qualsiasi causa deve essere previsto un periodo di ultrattività della copertura per le richieste di risarcimento presentate per la prima volta entro i dieci anni successivi e riferite a fatti generatori della responsabilità verificatisi nel periodo di efficacia della polizza, incluso il periodo di retroattività della copertura. L'ultrattività è estesa agli eredi e non è assoggettabile alla clausola di disdetta".*

[106] Art. 7 comma 3, legge 8 marzo 2017 n. 24; *"L'esercente la professione sanitaria di cui ai commi 1 e 2 risponde del proprio operato ai sensi dell'articolo 2043 del Codice civile, salvo che abbia agito nell'adempimento di obbligazione contrattuale assunta con il paziente…".*

doi.org/10.30682/disp0601c

chinesiologo che, presumibilmente, sarebbe chiamato a svolgere la propria prestazione in regime di libero professionista dovendo, quindi, sottostare al dettato sopra descritto.[107]

7. Conclusioni

Evidenziate quindi le specifiche attività tecniche svolte dal chinesiologo sui pazienti, con specifico riferimento al professionista delle tecniche preventive e adattate, si può agilmente percepire come lo stesso sia connaturano da una logica professionale di natura sanitaria. Infatti, come sopra anticipato, il chinesiologo si contraddistingue rispetto agli altri professionisti sportivi per eseguire delle vere e proprie tecniche sui pazienti aventi una portata di certo rilievo medico-sportivo.

Si pensi a quanto detto in tema di patologie motorie e posturali, per le quali il chinesiologo sviluppa una vera e propria analisi dell'allineamento posturale del corpo del paziente, realizzando uno studio della muscolatura in relazione alle tensioni derivanti dalla postura attraverso la predisposizione di tecniche di prevenzione e risoluzione delle patologie.[108]

Ancora, il ruolo del chinesiologo permette quindi di colmare delle lacune che naturalmente caratterizzano la figura dei medici tradizionalmente intesi; infatti, questi ultimi non sono dotati di capacità tali da poter programmare un piano motorio/sportivo volto al trattamento della patologia e alla prevenzione del paziente, sicché la figura del chinesiologo quivi analizzata appare necessaria al fine di ottenere una completa cura del soggetto affetto dalle più varie patologie. Il chinesiologo, quindi, programmando e strutturando l'attività fisica in relazione alle valutazioni compiute dal medico e ai test somministrati, è capace di far fronte alle varie esigenze e alle molteplici caratteristiche dell'individuo in cura, mediante capacità che solo i percorsi universitari sopra citati possono offrire.[109]

Il possibile riconoscimento del chinesiologo entro le professioni sanitarie non si fonda esclusivamente sulle modalità operative poste in essere dallo stesso, ma altresì dalla necessità di riconoscere a questa figura professionale una dignità che solo gli esercenti la professione sanitaria possono vantare.[110]

Appare altresì importante il regime concorrenziale a cui oggigiorno è sottoposto il chinesiologo, il quale, come anticipato in apertura, deve pur sempre interfacciarsi con soggetti privi di

---

[107] F. Di Giovanni*, L'assicurazione nella responsabilità da attività sanitaria,* in U. Ruffolo, M. Savini Nicci (a cura di), *Le nuove frontiere della responsabilità medica. Enti e operatori sanitari, dalla legge Gelli-Bianco all'era post-pandemica*, Milano, Giuffrè, 2022, pp. 381-393.

[108] Si rinvia al paragrafo n. 2.

[109] Per un'approfondita disamina sul tema si veda il sito del Ministero della salute, nello specifico, per quanro riguarda il diabete mellito 2, la seguente pagina; https://www.salute.gov.it/new/it/tema/diabete/.

[110] Come noto, la dignità riconosciuta ai professionisti sanitari poggia sulla loro formazione specialistica, l'accesso a un albo professionale e su di una responsabilità clinico-giuridica.

Per i chinesiologi questa valorizzazione comporta vantaggi concreti; grazie al riconoscimento normativo (DL 5 ottobre 2022) e all'istituzione di un Ordine, gli stessi potrebbero accedere ad una professione tutelata con sanzioni per l'esercizio abusivo, godendo di particolari agevolazioni fiscali, potendo essere inseriti in contesti sanitari per la prevenzione e l'esercizio adattato.

Questi elementi rafforzano la loro credibilità e professionalità, migliorano la tutela dei pazienti e facilitano un'inclusione strutturata all'interno del sistema sanitario nazionale.

doi.org/10.30682/disp0601c

titoli universitari, in possesso di meri attestati rilasciati da federazioni e gruppi sportivi sufficienti allo stato per poter somministrare programmi atti a migliorare la qualità di vita e a predisporre tecniche del tutto analoghe a quelle che vengono con diligenza e conoscenza preparate dai laureati sopra descritti.

Come sopra evidenziato, un passaggio fondamentale verso tale obiettivo è rinvenibile nella analizzata riforma dello sport[111] che ha per la prima volta riconosciuto la figura del chinesiologo. Questa riforma rappresenta un passo significativo verso la valorizzazione delle competenze dei laureati in Scienze Motorie, offrendo loro un riconoscimento professionale chiaro e delineato. Inoltre, la stessa mira a garantire una maggiore qualità e sicurezza nelle attività motorie e sportive, affidandole a professionisti adeguatamente formati, sicché mediante tale intervento parrebbe potersi restringere il fenomeno della concorrenza nello svolgimento delle professioni motorie.

Sul tema, pare fondamentale porre l'attenzione, come sopra brevemente accennato, alla necessità di introdurre un albo di settore; la presenza di un ordine professionale permetterebbe, da un lato, di instaurare un formale dialogo con le istituzioni, rappresentando quindi un punto di raccordo fondamentale degli interessi di categoria, e, dall'altro lato, di ufficializzare e formalizzare la categoria stessa, fornendo strumenti e organi di autoregolazione. La creazione di siffatto strumento appare quindi auspicabile e necessario.

Tuttavia, al tempo stesso, il possibile riconoscimento comporterebbe altresì l'applicazione di una fitta normativa di settore. Si pensi alla legge n. 24/2017 recante, a titolo esemplificativo, la peculiare disciplina della responsabilità in ambito sanitario, gli obblighi assicurativi, ovvero il regime negoziale-processuale richiesto a tutti coloro che sono implicati in procedimenti giudiziari.[112]

In conclusione, è possibile affermare come il riconoscimento del chinesiologo qui prospettata appaia come la soluzione maggiormente auspicabile, sia in riferimento alle pratiche dallo stesso poste in essere sui pazienti, sia per quanto concerne la posizione rivestita all'interno del procedimento di riabilitazione, cura e prevenzione delle patologie. Tale affermazione pare non solo giuridicamente logica e coerente con quanto affermato nella presente trattazione, ma si pone come la soluzione maggiormente conforme ai bisogni dei pazienti e della collettività che, come detto, necessitano di specifiche cure erogabili solamente da professionisti appositamente formati e specializzati.

---

[111] F. Orso, *La riforma dello sport: l'autonomia del circuito olimpico nazionale alle prese con la giuridificazione del fenomeno sportivo*, in *Osservatrio Costituzionale-Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2022, pp. 101-124.

[112] L'art. 8 c. 1 e 2, legge 24/2017 così recita: "*Chi intende esercitare un'azione innanzi al giudice civile relativa a una controversia di risarcimento del danno derivante da responsabilità sanitaria è tenuto preliminarmente a proporre ricorso ai sensi dell'articolo 696-bis del codice di procedura civile dinanzi al giudice competente. La presentazione del ricorso di cui al comma 1 costituisce condizione di procedibilità della domanda di risarcimento. È fatta salva la possibilità di esperire in alternativa il procedimento di mediazione ai sensi dell'articolo 5, comma 1-bis, del decreto legislativo 4 marzo 2010, n. 28*".

doi.org/10.30682/disp0601c

Diritto dello Sport (ISSN 2785-1141) Fondazione Bologna University Press
Vol. 6 n. 1 (2025) https://doi.org/10.30682/disp0601d

PRELIMINARY REMARKS ON THE *SERAING* CASE, PENDING JUDGMENT*

Elena Zucconi Galli Fonseca

Full Professor of Civil Procedure at Bologna University

Abstract

La relazione presentata in occasione della Conferenza annuale Sport&EU del 2025, affronta in maniera critica i temi della prossima decisione della Corte di giustizia dell'Unione europea nel caso Royal Football Club Seraing. La questione principale trattata è se i lodi arbitrali pronunciati al di fuori dell'Unione europea possano produrre effetti di cosa giudicata negli Stati membri quando siano coinvolti profili di ordine pubblico europeo. L'analisi si concentra su tre aspetti fondamentali: il riconoscimento incidentale dei lodi arbitrali stranieri, le vulnerabilità strutturali dell'arbitrato sportivo e la necessità di rafforzare le garanzie procedurali nell'ambito del procedimento arbitrale stesso, piuttosto che ricorrere a un controllo giurisdizionale ex post. Attraverso richiami a settori giuridici affini, l'autrice sostiene l'opportunità di introdurre meccanismi di natura preventiva all'interno del procedimento arbitrale e auspica una maggiore attenzione da parte degli arbitri alle istanze dell'Unione europea, eventualmente sostenuta da forme di collaborazione istituzionale con gli organi dell'UE.

Keywords: Arbitrato sportivo TAS, Ordine pubblico dell'UE, Riconoscimento dei lodi

Abstract

This speech, delivered at the 2025 Annual Sport&EU Conference, critically addresses the upcoming European Court of Justice ruling in the Royal Football Club Seraing case. At stake is whether arbitral awards issued outside the EU can have res judicata status within Member States when EU public policy is implicated. The analysis focuses on three core issues: the incidental recognition of foreign arbitral awards, the structural vulnerabilities of sports arbitration, and the need to strengthen procedural guarantees during arbitration itself rather than through ex-post judicial review. Drawing parallels with other legal domains, the speaker argues for preventive mechanisms within the arbitral process and for arbitrators' greater attention to EU public policy, possibly supported by institutional collaboration with EU bodies.

Keywords: Tas Sports Arbitration, EU Public Policy, Recognition of the award

* This is the text of the speech delivered at the *2025 Annual Sport&EU Conference*, on 1 July 2025

1. The *Seraing* Case

On 1 August 2025, the European Court of Justice will decide on the *Royal Football Club Seraing* case. At the heart of the matter lies a critical question: can an arbitral award issued in a non-EU country, and subject to the supervision of a court that is not integrated into the EU legal order, acquire *res judicata status* within a Member State when it touches upon issues relating to European public policy?

The Advocate General's Opinion raises serious concerns for the future of sports arbitration in Europe. It can be summarised as follows.

a) Individuals domiciled in the EU have the right to obtain a complete review of arbitral awards based on conformity with EU law, not merely limited to the public policy (as in the Eco Swiss doctrine), but encompassing all EU law.

b) The New York Convention should be interpreted in line with this requirement.

c) The possibility that arbitral awards may still have evidentiary value in national proceedings can be acceptable. Does this mean that all extra-EU arbitral awards relevant to the European legal order are now in jeopardy?

In my talk, I would like to highlight three aspects.

a) The case submitted to the Court of Justice raises a preliminary issue concerning the more general problem of incidental recognition of foreign arbitral awards.

b) The vulnerabilities of sports arbitration, which are also present in other fields, call for solutions that both safeguard the "law of the group" and provide a mechanism that respects legal guarantees.

c) These solutions should be ensured during the arbitration process itself, rather than afterwards, in accordance with the principle that prevention is better than cure.

2. Incidental Recognition of Foreign Arbitral Awards

The reading of the judgment of the Brussels Court of Appeal raises at least three questions.

The first concerns the decision capable of producing *res judicata*. The appeal before the Swiss Federal Tribunal has what, under the Italian legal system, is known as a rescinding nature: its object is solely the validity or invalidity of the arbitral award. Therefore, when the appeal is dismissed, it is not a state court judgment that becomes final (and thus produces the effects of substantive res judicata), but rather the arbitral award itself. And if this is the case, the issue is not the circulation of a foreign judgment, but the recognition of arbitral awards under the New York Convention.

This leads to the second question: in the *Seraing* case, we are dealing with a situation of so-called incidental recognition, which occurs when a party relies on the effects of the arbitral award in a different proceeding, as the recognition is raised not by way of action but by way of exception. The Belgian court takes for granted that incidental recognition is automatic in that legal system, unlike recognition by way of action. However, in other European legal systems, such as the Italian one, incidental recognition still requires a control—albeit incidental—of

 doi.org/10.30682/disp0601d

public policy, as provided for by the New York Convention in the recognition of foreign awards. In this way, European public policy remains protected, even when the award is invoked by way of exception.

Finally, the third question concerns the object of *res judicata*. As noted by Sébastien Besson, the arbitral award is invoked not in relation to its operative part, which merely imposes a sanction, but rather in relation to the reasoning that led to the decision. Can the reasoning of a decision be treated as binding in another proceeding, even if the latter does not concern the same claim or a dependent claim? In the Italian legal system, at least up to now, due to the autonomy of the sports legal system, it is quite possible for the disciplinary sanction to remain effective while, at the same time, a civil court grants compensation for the damages resulting from its unlawfulness.

3. The three vulnerabilities of sport arbitration

The Court of Justice in the ISU case, and even earlier, the European Court of Human Rights in the *Pechstein-Mutu* case, considered that the need for ad hoc rules is justified on the basis of three critical issues that characterise sports arbitration.

a) Athletes and sports organisations typically operate under severe contractual imbalance.

b) In the vast majority of cases, CAS awards do not require enforcement by state courts, as their implementation is ensured through sporting sanctions, which may be far more coercive than judicial enforcement.

c) Both the *lex arbitri* and *lex causae* are, by institutional design, external to the EU legal space—even though CAS awards have direct and substantial effects within it; it follows that the arbitral award is subject to review by a court (the Swiss Federal Tribunal) that cannot make preliminary references to the CJEU and is not bound by EU law.

But are we sure that sport arbitration is an exceptional, stand-alone phenomenon? a) The first vulnerability: "forced" consent to arbitration. The existence of a single, supreme arbitral authority for sport, designed to ensure uniform interpretation and application of *lex sportiva*, necessarily implies that all professional athletes must submit to its jurisdiction for any dispute connected to their sporting activity. This generates two fundamental issues:

- First, the arbitration clause is often indeterminate, raising formal validity concerns, as noted by the Brussels Court of Appeal in Seraing.
- Second and more importantly, the so-called "consent" to arbitration is substantially weakened, "forced" as clarified by the ECtHR in *Pechstein-Mutu* and accepted by the CJEU.

The terminology used (forced arbitration) can have different meanings. Under Italian constitutional law, arbitration imposed by the law is contrary to the Constitution. But what these Courts are really highlighting is the power imbalance: private sports bodies, within a context of effective monopoly, impose arbitration on weaker parties. This, in turn, justifies heightened scrutiny with respect to procedural fairness and compliance with EU public order.

 doi.org/10.30682/disp0601d

In Italy, company law raises a similar issue concerning the "law of the group": shareholders may be bound by an arbitration clause introduced into a company's articles of association, even if they dissented, though their only remedy is withdrawal, with no assurance of access to similar opportunities elsewhere. And yet, arbitration is permitted.

b) The second vulnerability: the lack of exequatur. Because sports law tends to be self-executing—enforced through internal sanctions rather than state mechanisms—there is often no need for a CAS award to be submitted to a national court for enforcement. As a result, the opportunity for judicial review, particularly in light of EU public policy, may never arise.

This "closed" nature of the sports regulatory order, it is said, is a defining feature, and one less commonly encountered in commercial arbitration. But, what about major online marketplaces whose conduct can significantly affect European consumers, irrespective of whether arbitral awards involving them are enforced in the EU? As recognised by the Court, relevance to the EU legal order does not hinge on whether the award is enforced within a Member State, but rather on whether it produces legal or economic effects within that space. I am also thinking of arbitration solutions based on blockchain, designed to be self-executing through the incorporation of the algorithm into the smart contract.

c) The third vulnerability: both the *lex arbitri* and *lex causae* are external to the EU legal space. The reasoning adopted by the Court of Justice could readily extend to arbitrations of all kinds seated in Switzerland—or, indeed, in any third country, so it cannot be regarded as a decisive factor.

4. Prevention is better than cure

If it is true that these features can be found in other sectors as well, then, rather than designing a special system for sports arbitration, it would be more useful to identify and mitigate the structural vulnerabilities of arbitration wherever they arise.

I don't think that the right solution should be reopening the merits of arbitral decisions within the EU, with all the legal uncertainty that would entail.

One solution invoked is to simply relocate the arbitral seat within the EU (UEFA itself has taken such steps in its 2024 *Authorisation Rules*, allowing parties to select Ireland as the seat in derogation of CAS Rule R28). This "Eurocentric" approach - probably unlikely to gain broad international support - would satisfy the Court; nonetheless, we must ask whether this is truly the most effective safeguard. The duration of CJEU proceedings remains a serious concern—even post-reform—and sport demands not only fairness but also speed.

I think that prevention is better than cure: the most effective remedy lies in enhancing compliance with EU law during the arbitral phase itself.

Regardless of the applicable law or enforceability, arbitrators should apply European public policy whenever their awards are likely to have effects within the Union. Their mandate is to deliver robust and enforceable decisions.

Thus, it is vital that CAS arbitrators focus more explicitly on EU public order, as the Court underscored in *Diarra*. A constructive dialogue between CAS and EU institutions should be encouraged: I'm considering a broader interpretation of the *amicus curiae* role under CAS procedural rules, allowing for intervention by the European Commission in appropriate cases.

We can now only await the final judgment in *Seraing*, which may mark turning points in this evolving dynamic.

 doi.org/10.30682/disp0601d

Diritto dello Sport (ISSN 2785-1141) Fondazione Bologna University Press
Vol. 6 n. 1 (2025) https://doi.org/10.30682/disp0601e

ASD E DEMANIO MARITTIMO TRA GARA PUBBLICA E CO-AMMINISTRAZIONE

NOTA A TAR PUGLIA, SEZ. III, 1° LUGLIO 2025, N. 906

Alceste Santuari

Professore Associato di Diritto dell'economia nell'Università di Bologna

Abstract

Con la sentenza n. 906/2025, il Tar Puglia (sede di Bari) affronta il tema delle concessioni demaniali marittime, in particolare, a favore delle associazioni sportive dilettantistiche (ASD) all'interno delle procedure di assegnazione. Un chiarimento interessante non solo per l'operato degli enti locali, ma anche per gli interessi di tutte le realtà associative che operano sul demanio con finalità sociali e senza scopo di lucro.

Parole chiave: Concessioni, ASD, Demanio marittimo

Abstract

With judgment no. 906/2025, the Regional Administrative Court (TAR) of Puglia, sitting in Bari, addresses the issue of maritime State property concessions, with particular regard to the involvement of amateur sports associations (ASDs) within the framework of allocation procedures. This decision provides a noteworthy clarification not only for the conduct of local authorities but also for the interests of all non-profit and socially oriented associations operating on State-owned maritime land.

Keywords: Public contracts, Amateur Sports Associations (ASD), Public domain

1. La delibera del Comune e le ragioni della ricorrente

L'amministrazione comunale aveva avviato un iter per la riassegnazione tramite gara pubblica di alcune concessioni, comprese quelle in capo all'ASD ricorrente, la quale ha contestato, in ordine:

a) la decisione del Comune, ritenendo che quest'ultimo avrebbe agito in violazione della proroga automatica al 2033 prevista dalla legge 145/2018, nonché dell'art. 1, comma 1-bis del decreto 131/2024 (convertito in legge 166/2024), che – a suo avviso – avrebbe escluso la possibilità di sottoporre le ASD a procedure selettive;
b) la violazione e falsa applicazione di legge in considerazione del fatto che, trattandosi di un ente senza scopo di lucro e che non esercita attività economica, ad essa non potrebbe

trovare applicazione la c.d. "Direttiva Bolkestein", con conseguente ed erroneo richiamo della P.A. alla giurisprudenza formatasi sulle concessioni balneari;

c) la legittimità della condotta comunale per aver introdotto dei criteri che non tengono conto delle finalità sportive e sociali delle associazioni, attribuendo punteggi indeterminati e senza valorizzare le peculiarità delle associazioni titolari di concessioni già in essere;

d) la decisione del Comune, che – pur allungando la durata delle concessioni - non avrebbe considerato la portata innovativa della disposizione introdotta dall'art. 1, comma 1-bis del D.L. n. 131/2024, convertito in legge, che imporrebbe alle P.A. di tenere conto delle finalità perseguite dagli operatori, escludendo l'istituto dell'evidenza pubblica per le organizzazioni con finalità sportive. La tesi della ricorrente è che la norma, in sintesi, consentendo una deroga al sistema delle gare, abbia impedito - almeno per le concessioni demaniali marittime assegnate ad operatori che perseguono in via esclusiva finalità sociali, ricreative e di promozione del benessere psicofisico – il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica ove siano soddisfatte specifiche condizioni soggettive da parte dei concessionari uscenti. L'illegittimità dell'atto sarebbe allora conseguenza della mancata attività istruttoria da parte del Comune circa la natura giuridica dell'attività svolta dalla ricorrente e che invece sarebbe indispensabile per verificare l'applicazione della citata deroga.

2. La difesa del Comune

L'ente locale ha sostenuto:

a) il proprio diritto/dovere di scegliere i concessionari di beni pubblici mediante procedure di affidamento trasparenti, imparziali, promozionali ed efficienti nell'interesse della collettività;

b) di aver modificato la durata della concessione di cui la ricorrente è titolare a seguito dell'abrogazione delle disposizioni che ne avevano consentito l'estensione al 31.12.2033.

3. La decisione del TAR

Per quanto di interesse, ai fini del presente commento, si segnala che i giudici amministrativi hanno ribadito che:

i) i provvedimenti comunali hanno valorizzato il ruolo delle associazioni in questione, riconoscendone l'utilità sociale e preservandone la funzione, quindi differenziandole rispetto a tutte le altre attività potenzialmente interessate dalla gestione dei beni pubblici per altre finalità. In questo senso, la Sezione ha ritenuto che tale determinazione ha, infatti, operato una ulteriore classificazione funzionale, identificando le cartografie del demanio costiero e distinguendo le aree a cui attribuire destinazione commerciale, a carattere sportivo ovvero socioculturale;

ii) il Comune ha, quindi, preso atto della importante funzione "di crescita e sviluppo sociale e culturale" svolta dalle aree portuali di competenza comunale, la quale, seppur di rilievo

 doi.org/10.30682/disp0601e

pubblicistico, è stata attuata storicamente dal privato nelle forme delle associazioni non riconosciute;

iii) piuttosto che ledere la posizione della ricorrente, la delibera ha riconosciuto la rilevanza delle associazioni sportive e culturali-ricreative nella gestione di alcune aree demaniali.

Avuto specifico riguardo all'azione delle ASD in aree demaniali, i giudici amministrativi hanno inteso ricordare che ai sensi del d.l. n. 131/2024, convertito in legge n. 166 del 14 novembre 2024, "la disciplina delle gare per le concessioni demaniali non si applica agli usi del demanio marittimo, lacuale e fluviale relativi allo svolgimento delle attività sportive da parte di AA.SS.DD. che perseguono esclusivamente finalità sociali, ricreative e di promozione del benessere psicofisico, a condizione che detti usi del demanio possano essere considerati come attività non economiche in base al diritto dell'Unione europea". Alla luce della disposizione normativa testé citata, i giudici amministrativi hanno convenuto con l'ASD ricorrente che il "ricorso alla gara pubblica non sia per l'Ente una scelta obbligata ed imposta formalmente dai principi UE". Infatti, come correttamente ha fatto la Sezione, occorre ricordare che ai servizi di interesse generale (SIG) non deve essere applicato il regime concorrenziale previsto per tutti gli altri servizi, attesa la loro specifica "missione pubblica" (cfr. art. 106, comma 2 TFUE). Conformemente, quindi, il legislatore nazionale può legittimamente sottrarre al gioco della competizione (eurounitaria) taluni servizi e attività, qualora questi siano funzionalmente vocati a perseguire determinati compiti istituzionali. In questo senso, le ASD, nelle quali è escluso il lucro c.d. "soggettivo", possono considerarsi organizzazioni che non acquistano la qualifica di operatori economici, in quanto la loro attività è volta a "garantire quantomeno la copertura dei costi con i ricavi". In ultima analisi, secondo i giudici amministrativi pugliesi, il nuovo quadro normativo, nel solco delle regole U.E. ed in applicazione degli artt. 2 e 33 Cost., ha introdotto la possibilità (corsivo dell'A.) per le P.A. di adottare una disciplina diversa (che esclude tout court le gare) per quelle concessioni demaniali gestite da organizzazioni sportive, ove si esprime la personalità dell'individuo, prive di un fine lucrativo e diretto a generare utili di impresa.

Tuttavia, i giudici amministrativi hanno escluso che le procedure competitive possano considerarsi del tutto escluse dal novero delle opzioni a disposizione degli enti locali. In questo senso, secondo il *reasoning* dei giudici amministrativi, depongono i seguenti elementi:

a) oltre all'interpretazione testuale, deve considerarsi quella logico-sistematica e teleologica, euro-unitaria e conforme a Costituzione della disposizione in parola,
b) la necessità di rispettare i principi europei, tra cui quelli del *favor partecipationis* e della parità di trattamento, ma anche in quello costituzionale di sussidiarietà verticale ex art. 118 Cost., che riconosce agli enti esponenziali più vicini alla comunità i poteri e le correlate responsabilità nell'esercitare le proprie funzioni di governo del territorio e di favorire il benessere della collettività nelle modalità ritenute più corrette;
c) il sistema affida, dunque, alla valutazione discrezionale dei Comuni la scelta delle più appropriate forme di gestione e valorizzazione delle aree demaniali: questa attività amministrativa deve essere compiuta in aderenza alle peculiari esigenze e alle concrete

 doi.org/10.30682/disp0601e

possibilità offerte dal territorio di riferimento, mirando alla massimizzazione dell'interesse pubblico sotteso.

d) la gara, in definitiva, non può ritenersi obbligatoria, ma non per questo va considerata vietata, trattandosi di uno strumento in grado – nel complessivo disegno del legislatore europeo e nazionale – di garantire più di qualsiasi altro la concorrenza "per il mercato", ove non sia possibile in natura (per scarsità della risorsa ad esempio), oppure perché ritenuta sconveniente/controproducente per gli obiettivi perseguiti dallo Stato, una situazione di concorrenza effettiva, a sua volta indispensabile per raggiungere i fini generalissimi di stabilità dei prezzi, piena occupazione e progresso sociale ex art. 3 TUE;
e) Deve ritenersi un principio fondante del sistema nazionale ed europeo quello secondo cui "la gestione della risorsa pubblica, quale è il bene demaniale, deve ispirarsi al principio della massima valorizzazione possibile, con la conseguenza che, al momento dell'affidamento del bene, l'attribuzione di una concessione deve avvenire soltanto all'esito di una procedura concorrenziale che ponga tutti i candidati e gli offerenti su un piede di parità" (Cons. Stato, Sez. VII, sentenza n. 2982/2025 pubblicata in data 8.4.2025 ed avente ad oggetto gli stabilimenti balneari, ma espressione di un principio più ampio);
f) la scelta della P.A. di seguire il modello della gara non può essere contestato e ciò vale a prescindere da eventuali proroghe introdotte in via legislativa, che costituiscono un'opzione per le Amministrazioni e non un vincolo, ed anche nel caso in cui, effettivamente, come il caso di specie, l'attività delle associazioni della specie di cui si discute non rientri nel campo di applicazione della c.d. direttiva servizi (rectius, della libertà di stabilimento, cfr. Corte di Giustizia UE del giorno 11.7.2024, C-598/22);
g) lo stesso principio si applica anche ove la materia rimanga regolata dal Codice della navigazione, il quale, pur optando per un modello semplificato, non rifugge dal confronto partecipativo;
h) eccezione al principio sopra espresso potrebbe trovarsi nell'" unica ipotesi residuale" in forza della quale dovrebbe essere "lo stesso legislatore a vietare espressamente alle Amministrazioni di effettuare gare pubbliche (e quindi in applicazione dello stretto principio di legalità) e sempre che tali disposizioni non risultino – comunque – in contrasto con la norma U.E.;
i) il diritto nazionale non esclude di procedere con "procedura selettiva comparativa ispirata ai fondamentali principi di imparzialità, trasparenza e concorrenza e preclude, d'altro canto, l'affidamento o la proroga della concessione in via diretta ai concessionari uscenti" (Cons. Stato, Sez. VII, n. 4481/2024 del 20.5.2024);
j) anche prescindendo dall'applicabilità del diritto europeo, in definitiva, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che il concessionario di un bene demaniale non può vantare alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto, sicché il relativo diniego, comunque esplicitato, nei limiti ordinari della ragionevolezza e della logicità dell'agire amministrativo, non necessita di ulteriore motivazione e non implica alcun "diritto

 doi.org/10.30682/disp0601e

d'insistenza" allorché la pubblica amministrazione intenda procedere a un nuovo sistema d'affidamento mediante gara pubblica o comunque procedura comparativa.

4. Brevi considerazioni finali

La sentenza de qua permette di svolgere qualche breve considerazione finale. In primo luogo, appare di rilevanza il riconoscimento delle specifiche caratteristiche (natura non lucrativa, finalità di interesse generale) degli enti sportivi non lucrativi. Coerentemente con il diritto eurounitario (ivi comprese le sentenze della Corte di giustizia) e con il diritto nazionale (riforma del Terzo settore e dello Sport), i giudici amministrativi hanno riconosciuto che, almeno in linea teorica, le specificità delle ASD legittimano un loro "trattamento" preferenziale. In secondo luogo, rileva la "primazia" delle regole concorrenziali rispetto ad altre possibili procedure, maggiormente funzionali al riconoscimento delle specificità delle ASD. Da ciò consegue che le ASD, diversamente da altre tipologie giuridiche di enti non lucrativi, vengono considerati alla stregua di operatori economici, conformemente all'interpretazione dei giudici di Lussemburgo[1], condizione che permette alle medesime associazioni di prendere parte a procedure competitive. In terzo luogo, anche in considerazione dei primi due punti sottolineati, i giudici amministrativi sembrano ritenere che la valorizzazione dei beni demaniali possa risultare maggiormente tutelata attraverso il ricorso alle procedure amministrative di carattere competitivo.

È tuttavia opportuno ricordare che anche i procedimenti amministrativi di natura collaborativa, alternativi a quelli competitivi, possono – ricorrendo talune condizioni di contesto – favorire una ampia partecipazione dei soggetti non lucrativi, così come essi possono invero impegnarsi ad assicurare la specifica fruizione del bene demaniale. In questo senso, il combinato disposto delle previsioni contenute nei d. lgs. 38/2021 e n. 117/2017, permette alle ASD possono presentare proprie proposte agli enti locali, finalizzate ad un utilizzo sociale, sportivo e ricreativo anche del demanio pubblico.

[1] Per tutte, si vedano Corte di Giustizia dell'UE, sez. X, sentenza 11 giugno 2020, causa C-219/19 e sez. IV, 14 luglio 2022, causa C-436/20, ASADE.

 doi.org/10.30682/disp0601e

TAR Puglia, sez. III, 1° luglio 2025, n. 906

La disciplina delle gare per le concessioni demaniali non si applica agli usi riconducibili ad attività sportive svolte da associazioni che perseguono esclusivamente finalità sociali e non economiche, in conformità ai principi del diritto dell'Unione europea; tuttavia, resta salva la facoltà della P.A. di ricorrere comunque a procedure ad evidenza pubblica.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1151 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto *omissis*, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati *omissis*, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Bari, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Rosa Cioffi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Principe Amedeo n. 26;

per l'annullamento

della nota provvedimentale del Comune di Bari - Ripartizione Governo e Sviluppo Strategico del territorio - Gestione e valorizzazione del Demanio Marittimo prot. 0270262.U del 3.8.2023 con oggetto: "comunicazione relativa alla scadenza della concessione demaniale marittima n. 8/2014 (ampliata con licenza supplettiva n. 8/2015) intestata al *omissis* e con la quale, si è disposto che "l'annotazione di proroga a margine della concessione demaniale marittima in oggetto, recante la scadenza del titolo concessorio alla data del 31 dicembre 2033, deve ritenersi come non apposta";

- *omissis* -

della deliberazione di G.C. del Comune di Bari n. 836 del 26.10.2023 con oggetto: "disposizioni sull'efficacia delle concessioni demaniali e dei rapporti di gestione per finalità turistico-ricreative e sportive (artt. 2, 3 e 4 legge 5.8.2022 n. 118 e sentenze Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria nn. 17 e 18 del 2021). Adempimento degli obblighi posti in capo alle Autorità concedenti, indirizzo per gli uffici";

- *omissis* -

 doi.org/10.30682/disp0601e

per l'annullamento

della delibera di G.C. n.160 del 13.3.2024, nei limiti del proprio interesse e specificatamente nella parte in cui esprime l'indirizzo, laddove già ritenuto lesivo, di procedere a gare pubbliche ai sensi della L.R. n. 17/2015 e del suo Regolamento di attuazione, con la quale si è disposto:

DI APPROVARE, ai soli fini del rinnovo del sistema della concessioni demaniali in ambito cittadino, le planimetrie allegate recanti la definizione, su base cartografica, delle funzioni associate alle diverse parti del demanio marittimo suscettibile di assegnazione in concessione, resa sulla base della ricognizione dello stato di fatto delle concessioni demaniali in essere già approvata con la DGC n. 836 del 26.10.2023 ed effettuata dalla Ripartizione Governo e Sviluppo Strategico del territorio attraverso il SIT comunale;

DI PRENDERE ATTO che una volta associata la specifica funzione ad ogni tratto della fascia costiera effettivamente utilizzabile, è possibile disciplinare nel dettaglio, con la redazione di specifici "capitolati di affidamento tipo", tutti i risultanti sotto-insiemi degli spazi da concedere e quindi associare anche alle aree che assolvono a funzioni a prevalente valore sociale/culturale/sportivo, modalità di assegnazione garantiste delle istanze di tutela e promozione di attività sportive, sociali, culturali e di ricerca della storia a vantaggio della collettività insediata, sostenendone lo sviluppo;

DI DARE INDIRIZZO al Direttore della Ripartizione Governo e Sviluppo Strategico del Territorio perché nella definizione dei "capitolati di affidamento tipo" per le aree demaniali recepisca, anche in relazione ai requisiti soggettivi dei partecipanti alle assegnazioni in concessione per le aree qualificate a prevalente vocazione sociale/culturale/sportiva, le indicazioni meglio precisate nelle premesse, ferma restando la necessità di garantire negli affidamenti i principi di trasparenza, imparzialità, proporzionalità, efficienza e parità di trattamento";

di ogni altro provvedimento presupposto e/o conseguente e/o comunque connesso ancorché non conosciuto.

Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati il 4.7.2024:

- *omissis* -

della Determina Dirigenziale R.G. DD 8178 R.D. 170 del 29.5.2024 del Comune di Bari avente ad oggetto "Avviso Pubblico per l'acquisizione di documentazione afferente a concessioni demaniali marittime" con il relativo avviso pure impugnato e specificatamente sia nella parte in cui esegue l'indirizzo, laddove già ritenuto lesivo e comunque già impugnato con i precedenti motivi aggiunti, di procedere a gare pubbliche ai sensi della L.R. n. 17/2015 e della disciplina del Codice della navigazione e del suo Regolamento di attuazione sia in ragione delle modalità con le quali tale indirizzo viene perseguito;

- *omissis* -

FATTO

1. Con il ricorso introduttivo la parte ha impugnato il provvedimento del 3.8.2023 con il quale il Comune di Bari ha rimodulato la durata della concessione demaniale marittima della quale l'istante è titolare, comunicandogli che la fine della concessione al 31.12.2033 - disposta dall'art. 1, commi 682, 683 e 684 della L. 145/2018 – dovesse ritenersi in contrasto con la Direttiva 2006/123/CE, fissando

 doi.org/10.30682/disp0601e

quindi nuovo e più breve termine della concessione al 31.12.2023 in linea con le sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021.

La ricorrente ha allegato di essere un'Associazione Sportiva Dilettantistica con sede in *omissis*, ove ha in concessione una struttura sul ciglio del mare, gli specchi acquei adibiti a deposito delle imbarcazioni dei soci nonché ulteriori aree scoperte, zattere e pontili galleggianti.

- *omissis* -

Ancora, ha dedotto la violazione e falsa applicazione di legge in considerazione del fatto che, trattandosi di un ente senza scopo di lucro e che non esercita attività economica, alla ricorrente non potrebbe trovare applicazione la c.d. direttiva Bolkestein, con conseguente ed erroneo richiamo della P.A. alla giurisprudenza formatasi sulle concessioni balneari.

1.1. Con un primo ricorso per motivi aggiunti la parte ha impugnato la delibera di Giunta n. 836 del 26.10.2023 con la quale il Comune ha individuato il termine del 31.12.2024 quale limite ultimo per la conservazione dello stato di fatto delle concessioni in essere, dando indirizzo agli uffici di avviare l'istruttoria per la definizione dei capitolati e dopo aver preso atto della ricognizione dell'intera linea costiera effettuata dalla Ripartizione Governo e Sviluppo Strategico del Territorio.

Ha dedotto, tra le altre cose, l'eccesso di potere per difetto dei presupposti, non avendo il Comune seguito correttamente il procedimento per verificare "la scarsità della risorsa", che andrebbe svolto a livello nazionale al fine di evitare ogni disparità di trattamento tra i concessionari operanti in Comuni diversi su tutto il territorio e per cui sarebbe comunque necessario attendere un riordino integrale della materia.

1.2. Con un secondo ricorso per motivi aggiunti l'istante ha impugnato la delibera di Giunta n. 160 del 13.03.2024 mediante la quale l'Amministrazione ha definito i criteri per la classificazione funzionale delle aree demaniali marittime, propedeutica alla redazione dei capitolati tecnici per l'affidamento delle future concessioni.

Ha dedotto che la disciplina applicabile dovrebbe essere quella del Codice della navigazione e quindi, in assenza di un intervento del legislatore nazionale, sarebbe preclusa al Comune la possibilità di indire procedure di gara secondo uno schema difforme. Non sarebbe, comunque, applicabile la Legge regionale della Puglia n. 17/2015 in quanto il Comune non avrebbe ancora adottato il piano delle coste, come invece previsto dalla citata legge.

- *omissis* -

Con questo ricorso la parte ha altresì impugnato il provvedimento del dirigente n. 8178 del 29.5.2024 con cui è stata indetta la procedura per il rinnovo delle aree demaniali in concessione, approvando il relativo Avviso pubblico e predeterminando le modalità della procedura di gara.

Ha dedotto specificatamente la sua illegittimità per aver introdotto dei criteri che non tengono conto delle finalità sportive e sociali delle associazioni, attribuendo punteggi indeterminati e senza valorizzare le peculiarità delle AA.SS.DD. titolari di concessioni già in essere. Ancora, nel calcolo di un'indennità per i concessionari uscenti, la P.A. avrebbe considerato soltanto gli utili a partire dal 2019, senza tener conto della storia ultracentenaria dell'Associazione sul territorio comunale.

 doi.org/10.30682/disp0601e

1.3. Infine, con un quarto ricorso per motivi aggiunti la parte ha impugnato la delibera n. 783 del 17.12.2024 con cui l'Amministrazione ha confermato l'intenzione di procedere al rinnovo della materia senza però distinguere in base alla natura dell'attività svolta da parte dei concessionari.

Ha dedotto, infatti, che il Comune – pur allungando la durata delle concessioni al 30.09.2027 - non avrebbe considerato la portata innovativa della disposizione introdotta dall'art. 1, comma 1-bis del D.L. n. 131/2024, poi convertito in legge, alla disciplina generale delle concessioni demaniali marittime. La nuova disposizione imporrebbe alle PP.AA. di tenere conto delle finalità perseguite dagli operatori, escludendo l'istituto dell'evidenza pubblica per le organizzazioni con finalità sportive.

Conseguentemente, la delibera sarebbe illegittima per omessa applicazione di legge e per difetto di istruttoria, non avendo l'Amministrazione verificato la sussistenza delle condizioni previste dalla nuova disposizione, in particolare la natura di attività non economica ed il perseguimento di finalità esclusivamente sociali e di promozione del benessere psico-fisico da parte delle singole associazioni, tra cui la ricorrente.

2. Il Comune di Bari si è costituito in giudizio sostenendo il proprio diritto/dovere di scegliere i concessionari di beni pubblici mediante procedure di affidamento trasparenti, imparziali, promozionali ed efficienti nell'interesse della collettività. Ha allegato altresì, di aver modificato la durata della concessione di cui la ricorrente è titolare a seguito dell'abrogazione delle disposizioni che ne avevano consentito l'estensione al 31.12.2033.

Con riguardo ai primi tre ricorsi per motivi aggiunti ne ha sostanzialmente eccepito la carenza di lesività (rilievi espressi a pag. 10, penultimo periodo, memoria ex art. 73 c.p.a., secondo cui: "tali scelte dall'Ente, in ordine al patrimonio demaniale costiero "concedibile" da destinare alla funzione di «servizio alla collettività», si ritiene che oltre a non essere lesive della posizione giuridica vantata dalla ricorrente [per le ragioni espresse nelle pagine precedenti della memoria e di seguito specificate], siano legittime perché rispettose della normativa di derivazione comunitaria e della normativa interna").

2.1. In particolare, quindi, la delibera n. 836 del 26.10.2023 (oggetto del primo ricorso per motivi aggiunti), preso atto dell'evoluzione del contesto normativo e previa ricognizione della condizione d'uso della fascia costiera, si sarebbe limitata a fornire alcuni indirizzi generali per procedere al sistema di rinnovo delle concessioni demaniali marittime in ambito cittadino.

2.2. Ancora, la delibera n. 160 del 13.3.2024 (impugnata con il secondo ricorso per motivi aggiunti) sarebbe volta unicamente ad individuare le "modalità di assegnazione delle aree destinate alla promozione di attività sportive, sociali, culturali e di ricerca", fornendo indirizzi agli uffici, e sarebbe quindi, sostanzialmente, prive di lesività.

2.3. Allo stesso modo, la determina dirigenziale n. 8178 del 29.5.2024 (impugnata con il terzo ricorso per motivi aggiunti, seconda parte) si limiterebbe unicamente a recare indicazioni in favore degli operatori economici sulle modalità di raccolta delle informazioni rilevanti e non costituirebbe alcun avvio o svolgimento di una procedura di assegnazione, nemmeno come determinazione a contrarre, ancora da adottarsi.

2.4. Infine, l'Amministrazione resistente ha eccepito l'inammissibilità della domanda proposta avverso la delibera n. 783 del 17.12.2024 (impugnata con i quarti motivi aggiunti), la quale produrrebbe effetti

 doi.org/10.30682/disp0601e

favorevoli alla parte ricorrente, consentendole di beneficiare del prolungamento della concessione sino al 30.09.2027 (cfr. pag. 8, terzo periodo memoria ex art. 73 c.p.a.).

3. All'udienza pubblica del 6.5.2025, a seguito di ampia discussione, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

4. Il ricorso e i motivi aggiunti non possono trovare accoglimento.

4.1. In primo luogo va considerato che la sopraggiunta delibera n. 783 del 17.12.2024 ha prorogato la concessione in oggetto sino alla conclusione delle gare, ancora da bandirsi, escludendo comunque la possibilità di mantenere efficaci le attuali concessioni oltre il termine del 30.9.2027.

Permangono quindi le condizioni dell'azione nei limiti in cui la ricorrente ha interesse, non soltanto a mantenere efficace l'attuale rapporto concessorio, ma anche e soprattutto a vedersi esclusa dalle gare che il Comune ha intenzione di svolgere, continuando lo sfruttamento della concessione demaniale mediante affidamento diretto.

5. D'altra parte però, con riguardo all'impugnazione della nota del 3.8.2023 (da trattarsi congiuntamente con quella avverso l'atto di riesame del 12.6.2024 di cui al terzo ricorso per motivi aggiunti – prima parte), la stessa deve ritenersi improcedibile, a seguito delle successive proroghe della concessione ben oltre l'originario termine ivi indicato: nessun vantaggio la parte potrebbe quindi ottenere da un loro eventuale annullamento in questa sede.

5.1. Nel merito, in ogni caso, va rilevato che con l'atto di proroga delle concessioni al 31.12.2033, apposto dal Comune sull'originale titolo concessorio a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 1, commi 682 ss. della L. n. 145/2018, la P.A. si è limitata a prendere atto di quanto disposto dalla legge provvedimento sopra citata.

Allo stesso modo, quindi, deve ritenersi che il mutamento del quadro giuridico abbia imposto un nuovo atto, avente anch'esso natura sostanzialmente vincolata.

Con l'art. 3, comma 5, della L. n. 118/2022 il legislatore ha espressamente abrogato i commi 682 ss. dell'art. 1 della L. n. 145/2018, con un effetto di caducazione automatica del termine di proroga: la nota comunale del 3.8.2023 non costituisce, quindi, un provvedimento di secondo grado che incide negativamente su un precedente atto ampliativo, configurandosi piuttosto, al pari dell'originaria annotazione, come un atto meramente ricognitivo di un effetto direttamente prodotto dalla legge.

Conseguentemente, la prospettata violazione delle garanzie partecipative deve ritenersi ininfluente, essendo il concessionario già legalmente a conoscenza della modifica normativa e delle conseguenze dirette sulla durata della propria concessione, come disposte direttamente dalla legge e per come la stessa è stata interpretata dalla giurisprudenza.

5.2. Quanto ai restanti motivi di impugnazione - oltre alla già rilevata improcedibilità del ricorso originario a seguito dell'estensione della durata della concessione e in assenza di una loro formale graduazione e per ragioni logico-sistematiche (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 5/2015) – tali doglianze saranno comunque trattate nel merito congiuntamente al quarto ricorso per motivi aggiunti, avente ad oggetto il tema delle concessioni demaniali gestite da attività sportive dilettantistiche alla luce della nuova norma

 doi.org/10.30682/disp0601e

primaria (D.L. n. 131/2024 convertito con L. n. 166/2024).6. Venendo, invece, ai ricorsi per motivi aggiunti, occorre anzitutto valutare i profili di inammissibilità rilevati dall'Amministrazione comunale e di cui si è dato conto nella parte in fatto.

6.1. E quindi, il primo ricorso per motivi aggiunti deve essere dichiarato inammissibile.

La deliberazione di Giunta n. 836 del 26.10.2023 (oggetto di impugnazione con il primo ricorso per motivi aggiunti) si configura quale atto di indirizzo e risulta quindi, effettivamente sprovvista di autonoma efficacia provvedimentale, in linea con quanto già affermato da questo Tribunale con sentenze n. 1464 e 1465 del 11.10.2021 (non impugnate).

L'Amministrazione, infatti, per un verso, dopo aver esaminato la mappatura della fascia costiera e considerato la necessità di attendere i decreti legislativi prima di bandire le gare, ha stabilito alcune direttive generali per la gestione del rinnovo delle concessioni demaniali marittime, ad esempio prendendo atto della scarsità della fascia costiera (34,36 km di costa, di cui 7,23 km del demanio portuale e militare, 10,55 km con divieti assoluti di concessione per vincoli idrogeologici, geomorfologici o archeologici, residuando quindi, 16,56 km di fascia utile di cui una parte significativa (5,20 Km) peraltro, presenta scarse possibilità di impiego).

Quest'attività, oltre che priva di lesività, si muove nel solco tracciato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui: "In assenza di risultati, ancorché parziali e provvisori, che dimostrino in modo serio e attendibile, tanto a livello nazionale che a livello locale, che le concessioni non siano una risorsa scarsa, secondo i criteri obiettivi, non discriminatori, trasparenti e proporzionati, indicati dalla Corte, e in forza di una valutazione che deve essere anzitutto necessariamente qualitativa della risorsa, questo Consiglio di Stato […] non può che riaffermare, allo stato, la sicura scarsità della risorsa" (Cons. Stato, Sez. VII, n. 4481/2024 del 20.5.2024).

D'altro canto, il Comune nella delibera in questione ha dato indirizzo per la definizione di capitolati di affidamento-tipo, indispensabili per il futuro svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica, distinguendo in base ciascuna tipologia di concessione (stabilimenti balneari, concessioni di altro tipo nonché aree per future attività turistico-ricreative oppure aree non concedibili) e senza però in alcun modo incidere sui titoli esistenti.

6.2. Parimenti, deve escludersi il carattere lesivo della deliberazione di Giunta n. 160 del 13.3.2024 (secondo ricorso per motivi aggiunti) per il suo carattere di atto di indirizzo.

Peraltro, essa ha valorizzato il ruolo delle associazioni in questione, riconoscendone l'utilità sociale e preservandone la funzione; quindi, differenziandole rispetto a tutte le altre attività potenzialmente interessate dalla gestione dei beni pubblici per altre finalità.

Tale determinazione ha, infatti, operato una ulteriore classificazione funzionale, identificando le cartografie del demanio costiero e distinguendo le aree a cui attribuire destinazione commerciale, a carattere sportivo ovvero socio-culturale.

La delibera ha, quindi, preso atto della importante funzione "di crescita e sviluppo sociale e culturale" svolta dalle aree portuali di competenza comunale, la quale, seppur di rilievo pubblicistico, è stata attuata storicamente dal privato nelle forme delle associazioni non riconosciute.

 doi.org/10.30682/disp0601e

In definitiva, piuttosto che ledere la posizione della ricorrente, la delibera ha riconosciuto la rilevanza delle associazioni sportive e culturali-ricreative nella gestione di alcune aree demaniali, in particolar modo di quelle che, prossime alle zone centrali cittadine (Santo Spirito, San Girolamo, Città vecchia e Torre a Mare), svolgono servizi per la collettività e ben si prestano a mantenere una specializzazione per attività promozionali della vita sportiva, culturale e sociale.

6.3. Passando alla domanda di annullamento della determina n. 8178 del 29.5.2024 ed avente ad oggetto l'"Avviso Pubblico per l'acquisizione di documentazione afferente a concessioni demaniali marittime" (terzo ricorso per motivi aggiungi, seconda parte), anche questa deve ritenersi inammissibile, in quanto essa non contiene un vero e proprio bando (a dispetto del nome), ma un atto ricognitivo preliminare volto ad orientare la successiva amministrativa, al fine di valorizzare il demanio marittimo.

Essa, quindi, costituisce espressione di piena discrezionalità dell'Amministrazione, insindacabile in questa sede, anche in ordine alla scelta di affidare la concessione delle aree demaniali mediante procedure di evidenza pubblica.

L'atto prevede l'obbligo della ricorrente di trasmettere documentazione idonea a calcolare le somme di denaro da riconoscere al concessionario uscente (stato dei luoghi, beni strumentali utilizzati, investimenti effettuati, ecc.), ma ancora non incide sulla sfera del singolo, come rilevato dal Comune, costituendo mero atto presupposto ed avente funzione istruttoria rispetto all'obbiettivo dichiarato di individuare "l'esatta consistenza del bene anche in riferimento alle eventuali opere non amovibili che costituiscono investimenti".

6.4. Da ultimo, va esaminata la domanda di annullamento proposta avverso la delibera n. 783 del 17.12.2024 (quarto ricorso per motivi aggiunti), con cui il Comune di Bari ha accordato una proroga "tecnica" alle concessioni ancora in essere, quindi, sino all'effettivo espletamento delle gare, e si è interrogato sulla disposizione nazionale di recentissimo conio (art. 4, comma 1-bis L. n. 118/2022 introdotto dall'art. 1, comma 1-bis del D.L. 131/2024 s.m.i. modificato con L. di conversione del 14.11.2024 n. 166/2024).

Anzitutto, deve ritenersi ammissibile la relativa doglianza, rigettando quindi l'eccezione proposta, alla luce della conclamata volontà dell'Amministrazione di procedere con l'indizione delle gare nonostante le diverse possibilità offerte dalla norma primaria, compresa quella di non applicare le regole di affidamento mediante procedura competitiva.

Con tale atto, infatti, la P.A. – che si era già preparata allo svolgimento delle gare individuando le risorse disponibili, la loro scarsa consistenza, la collocazione geografica, l'individuazione, in astratto, delle funzioni a cui destinare le singole aree e, infine, la funzione già impressa alle medesime nel passato – ha dato conto dell'introduzione della nuova disposizione di legge (D.L. n. 131 del 16/09/2024 convertito con Legge n. 166 del 14/11/2024) e ha disposto – come anticipato - "una proroga «tecnica» inerente l'attuale stato d'uso degli spazi demaniali interessati dagli avvisi pubblici approvati con le determine dirigenziali n. 5232/2024, n. 8178 /2024 e n. 8316/2024 al minor tempo necessario alla conclusione delle procedure selettive di affidamento o, in ogni ipotesi di mancato completamento delle stesse in tempo utile, alla data del 30/09/2027 prevista nella citata L. n. 166/2024 di conversione del D.L. n. 131/2024".

 doi.org/10.30682/disp0601e

Ciò dopo essersi espressa con ampie formule dubitative sul quadro della situazione in esame ("Tale provvedimento normativo appare connotato da significative criticità, in ragione delle notevoli incertezze interpretative ed applicative", cfr. pag 7, ultimo periodo).

7. Premesso in rito tutto questo, deve ritenersi che il ricorso avverso tale provvedimento, così come le doglianze proposte avverso l'atto introduttivo circa l'omessa esclusione della ricorrente dalle procedure di selezione dei nuovi concessionari, siano infondati nel merito.

La nuova disposizione prevede che "la disciplina delle gare per le concessioni demaniali non si applica agli usi del demanio marittimo, lacuale e fluviale relativi allo svolgimento delle attività sportive da parte di AA.SS.DD. che perseguono esclusivamente finalità sociali, ricreative e di promozione del benessere psicofisico, a condizione che detti usi del demanio possano essere considerati come attività non economiche in base al diritto dell'Unione europea".

La tesi della ricorrente è che la norma, in sintesi, consentendo una deroga al sistema delle gare, abbia impedito - almeno per le concessioni demaniali marittime assegnate ad operatori che perseguono in via esclusiva finalità sociali, ricreative e di promozione del benessere psicofisico – il ricorso alle procedure ad evidenza pubblica ove siano soddisfatte specifiche condizioni soggettive da parte dei concessionari uscenti. L'illegittimità dell'atto sarebbe allora conseguenza della mancata attività istruttoria da parte del Comune circa la natura giuridica dell'attività svolta dalla ricorrente e che invece sarebbe indispensabile per verificare l'applicazione della citata deroga.

L'argomento prova troppo, facendo discendere dalle sue premesse due distinte conclusioni, di cui soltanto una può essere condivisa.

8. Si può convenire, infatti, sull'idea che il ricorso alla gara pubblica non sia per l'Ente una scelta obbligata ed imposta formalmente dai principi U.E.

La disposizione appena introdotta - che costituisce un'eccezione alla regola generale della procedura ad evidenza pubblica, strumento a presidio dei valori europei della parità di trattamento e non discriminazione – risulta infatti coerente con il sistema delineato dal TFUE, per come interpretato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, e ciò sulla base delle seguenti considerazioni.

L'ordinamento europeo, nel distinguere i servizi di interesse generale (SIG) da quelli aventi natura economica (SIEG), per i primi non prevede l'applicazione delle norme sulla concorrenza in considerazione della natura peculiare delle attività in questione (funzioni pubbliche autoritative ed indispensabili per la sopravvivenza dello Stato, servizi c.d. universali da erogare a tutti indistintamente e, soprattutto, servizi "privi" di interesse economico).

Non solo, anche per i SIEG (e che di norma sono sottoposti alle regole della concorrenza) l'ordinamento interno può ammettere una deroga alla loro applicazione ove ciò avvenga nell'adempimento della specifica "missione" affidata da parte dei singoli Stati agli specifici operatori selezionati, pubblici o privati che siano (art. 106, comma 2 TFUE).

Il legislatore nazionale, quindi, sulla base di un approccio neutrale dell'ordinamento U.E. (e meno "pro-concorrenziale a tutti i costi" di quello che in via assiomatica si sostiene) in ordine alla individuazione, selezione e graduazione dei servizi pubblici da promuovere da parte dei singoli Stati, può escludere del tutto o autorizzare una deroga alla concorrenza se questa è finalizzata a perseguire determinati compiti

 doi.org/10.30682/disp0601e

istituzionali, tenendo conto delle tecniche con cui regola tali settori ed eventualmente decide di intervenire, più o meno direttamente, nell'economia.

Nel caso di specie e dovendo muoversi lungo queste direttrici, lo Stato italiano è intervenuto in modo estremamente rigoroso, chiedendo alle P.A. di verificare che le associazioni sportive, oltre ad essere dotate di tutti i requisiti formali (al fine di provare che si tratti di soggetti attraverso i quali viene erogato un servizio pubblico e quindi favorita la sua offerta alla comunità), siano comunque soggetti che operano fuori dall'esercizio di un'attività economica e quindi, sostanzialmente, che si tratti di concessioni riferite ad operatori che prestino servizi di interesse generale privi di rilevanza economica.

L'obbiettivo è da intendersi, peraltro, diretto ad escludere tutte quelle attività economiche aventi uno scopo di lucro "soggettivo", dovendo al contrario ritenere che anche le attività sociali, culturali e sportive possano operare - senza per questo diventare operatori economici stretti dalle regole della concorrenza - con un modello di affari volto a garantire quantomeno la copertura dei costi con i ricavi.

Ciò chiarito, in definitiva, bisogna concludere nel senso che la nuova disposizione, nel solco delle regole U.E. sopra sintetizzate ed in applicazione degli artt. 2 e 33 Cost., abbia introdotto la possibilità per le P.A. di adottare una disciplina diversa (che esclude tout court le gare) per quelle concessioni demaniali gestite da organizzazioni sportive, ove si esprime la personalità dell'individuo, prive di un fine lucrativo e diretto a generare utili di impresa.

9. Da questa prima conclusione non si può inferire però (come invece la ricorrente vorrebbe), che il legislatore nazionale, nell'ottica di favorire lo sport e l'aggregazione nelle forme individuali e associate, abbia inteso formalizzare un vero e proprio impedimento al ricorso al modello procedimentale, economico e logico-competitivo della gara.

Oltre all'interpretazione testuale, già sufficiente a concludere in questo senso (in claris non fit interpretatio: la disposizione prevede che "la disciplina delle gare per le concessioni demaniali non si applichi" alle associazioni della specie di cui si discute), vi sono ulteriori e più pregnanti argomenti.

Anzitutto, le norme immediatamente precedenti e successive non forniscono elementi di sorta per ampliare il significato di una previsione, come quella in oggetto, già eccentrica rispetto al sistema nel quale è inserita (interpretazione logico-sistematica).

Decisiva è, poi, l'interpretazione teleologica, euro-unitaria e conforme a Costituzione della disposizione in parola, potendo individuare il fondamento di questa scelta tecnico-giuridica nei principi europei del favor partecipationis e della parità di trattamento, ma anche in quello costituzionale di sussidiarietà verticale ex art. 118 Cost., che riconosce agli enti esponenziali più vicini alla comunità i poteri e le correlate responsabilità nell'esercitare le proprie funzioni di governo del territorio e di favorire il benessere della collettività nelle modalità ritenute più corrette.

La gara, in definitiva, non può ritenersi obbligatoria, ma non per questo va considerata vietata, trattandosi di uno strumento in grado – nel complessivo disegno del legislatore europeo e nazionale – di garantire più di qualsiasi altro la concorrenza "per il mercato", ove non sia possibile in natura (per scarsità della risorsa ad esempio), oppure perché ritenuta sconveniente/controproducente per gli obiettivi perseguiti dallo Stato, una situazione di concorrenza effettiva, a sua volta indispensabile per raggiungere i fini generalissimi di stabilità dei prezzi, piena occupazione e progresso sociale ex art. 3 TUE..

 doi.org/10.30682/disp0601e

Il sistema affida, dunque, alla valutazione discrezionale dei Comuni la scelta delle più appropriate forme di gestione e valorizzazione delle aree demaniali: questa attività amministrativa deve essere compiuta in aderenza alle peculiari esigenze e alle concrete possibilità offerte dal territorio di riferimento, mirando alla massimizzazione dell'interesse pubblico sotteso.

Va al riguardo fatta applicazione della teoria dell'atto chiaro (acte clair), quale ipotesi tipica di esonero del giudice nazionale (a maggior ragione se di prima istanza) dall'esercizio del potere di rimessione della questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia (Cons. Stato, III, 4 marzo 2024, n. 2052; IV, 7 maggio 2024, n. 4112; VI, 30 gennaio 2024, n. 921; 29 gennaio 2024, n. 893).

10. In tale prospettiva, d'altra parte, non è ravvisabile alcuna violazione di legge nel fatto di aver scelto di seguire il modello dell'evidenza pubblica, avendo il Comune fatto applicazione di principi generali dell'ordinamento interno.

Deve ritenersi un principio fondante del sistema nazionale ed europeo quello secondo cui "la gestione della risorsa pubblica, quale è il bene demaniale, deve ispirarsi al principio della massima valorizzazione possibile, con la conseguenza che, al momento dell'affidamento del bene, l'attribuzione di una concessione deve avvenire soltanto all'esito di una procedura concorrenziale che ponga tutti i candidati e gli offerenti su un piede di parità" (Cons. Stato, Sez. VII, sentenza n. 2982/2025 pubblicata in data 8.4.2025 ed avente ad oggetto gli stabilimenti balneari, ma espressione di un principio più ampio).

Non può ritenersi in contrasto con la forma né con lo spirito della legge la scelta della P.A. di seguire il modello della gara: ciò vale a prescindere da eventuali proroghe introdotte in via legislativa, che costituiscono un'opzione per le Amministrazioni e non un vincolo, ed anche nel caso in cui, effettivamente, come il caso di specie, l'attività delle associazioni della specie di cui si discute non rientri nel campo di applicazione della c.d. direttiva servizi (rectius, della libertà di stabilimento, cfr. Corte di Giustizia UE del giorno 11.7.2024, C-598/22).

Lo stesso principio si applica anche ove la materia rimanga regolata dal Codice della navigazione, il quale, pur optando per un modello semplificato, non rifugge dal confronto partecipativo.

L'unica ipotesi residuale per consentire il mantenimento obbligato dello status quo è che sia lo stesso legislatore a vietare espressamente alle Amministrazioni di effettuare gare pubbliche (e quindi in applicazione dello stretto principio di legalità) e sempre che tali disposizioni non risultino – comunque – in contrasto con la norma U.E..

In tal caso occorrerà eventualmente disapplicare la disposizione nazionale contrastante con i principi europei, come ad esempio avvenuto proprio con il comma 4-bis dell'art. 4 della L. n. 118 del 2022, introdotto dall'art. 1, comma 8 della L n. 14 del 2023, secondo cui "fino all'adozione dei decreti legislativi di cui al presente articolo, è fatto divieto agli enti concedenti di procedere all'emanazione dei bandi di assegnazione delle concessioni", e che è stato già oggetto di disapplicazione da parte del G.A., cfr. Cons. Stato, Sez. VII, sentenza n. 4481/2024, capo 37).

In conclusione, il diritto nazionale non esclude di procedere con "procedura selettiva comparativa ispirata ai fondamentali principi di imparzialità, trasparenza e concorrenza e preclude, d'altro canto, l'affidamento o la proroga della concessione in via diretta ai concessionari uscenti" (Cons. Stato, Sez. VII, n. 4481/2024 del 20.5.2024).

 doi.org/10.30682/disp0601e

Anche prescindendo dall'applicabilità del diritto europeo, in definitiva, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito che il concessionario di un bene demaniale non può vantare alcuna aspettativa al rinnovo del rapporto, sicché il relativo diniego, comunque esplicitato, nei limiti ordinari della ragionevolezza e della logicità dell'agire amministrativo, non necessita di ulteriore motivazione e non implica alcun "diritto d'insistenza" allorché la pubblica amministrazione intenda procedere a un nuovo sistema d'affidamento mediante gara pubblica o comunque procedura comparativa.

Nel caso di specie, allora, deve ritenersi che l'Amministrazione comunale, che ha già manifestato l'intenzione di adottare procedure ad evidenza pubblica distinte per ciascuna tipologia di concessione, abbia già – e almeno in parte – motivato in modo coerente e razionale la sua scelta, perseguendo lo scopo di assicurare la più ampia partecipazione degli operatori (e che dovrà comunque essere verificata nel caso concreto, alla scadenza del termine di presentazione delle domande) e favorire parallelamente l'interesse della comunità alla più efficiente gestione del patrimonio comune.

Ha quindi aperto al confronto comparativo e competitivo le aree in questione al fine di conservare o, se possibile, migliorare l'attuale assetto proprietario/gestorio, distinguendo ad esempio gli operatori in settori differenti, di modo che possano ciascuno partecipare a gare costruite sulle loro caratteristiche funzionali (balneari, sportive, culturali, commerciali-industriali), così da favorire un maggiore coinvolgimento di tutta la comunità e contestualmente garantire una distribuzione omogenea dei servizi su tutto il territorio comunale, che copre circa 35 chilometri di costa.

Ciò premesso, anche in un'ottica di conformazione del potere amministrativo già in parte esercitato, sarà compito del Comune, in occasione delle procedure comparative, valorizzare il ruolo dei gestori uscenti, il cui know-how tecnico ed esperienziale potrà essere considerato in un quadro di continuità e standard di qualità del servizio erogato, nonché nella fase di calcolo degli eventuali indennizzi loro dovuti, in caso di vittoria di un nuovo operatore, sulla base dei criteri generali già indicati dall'art. 4, comma 9 della L. n. 118 del 2022.

In definitiva, il ricorso e i motivi aggiunti vanno complessivamente respinti.

In considerazione della particolare novità delle questioni trattate, afferenti aspetti di diritto interno e dell'Unione Europea, sussistono giustificati motivi per la compensazione integrale delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto ed integrato da motivi aggiunti, così provvede:

- dichiara il ricorso introduttivo improcedibile e comunque infondato nei termini di cui in motivazione;

- dichiara inammissibili il primo, il secondo ed il terzo ricorso per motivi aggiunti; - respinge il quarto ricorso per motivi aggiunti.

- *omissis* -

 doi.org/10.30682/disp0601e