

# Diritto e politica dei trasporti

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

Promossa da:

**demetra**  
CENTRO STUDI

**Fascicolo**  
**II/2020**

ISSN 2612-5056

**Diritto e politica dei trasporti**  
rivista semestrale *open access*  
di dottrina, giurisprudenza  
e documentazione

**Fascicolo II/2020**

Promossa da

**demetra**  
CENTRO STUDI

Anno 3, n. 5 (II-2020)

La Rivista è pubblicata dal Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), con sede a Roma, via F. Civinini, 85, 00197, ed è registrata presso il Tribunale di Roma al n. 150/2018 del 19 settembre 2018.

The Journal is published by the Centro Studi Demetra (Development of European Mediterranean Transportation), based in Rome, via F. Civinini, 85, 00197, and was registered at the Court of Rome under No. 150/2018 on 19 September 2018.

Direttore responsabile/Editor-in-Chief: Prof. Francesco Gaspari, Università degli Studi “G. Marconi” di Roma, via Plinio 44, 00193, Roma

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

ISSN 2612-5056

© Centro Studi Demetra, via F. Civinini, 85, 00197, Roma

[info@demetracentrostudi.it](mailto:info@demetracentrostudi.it)

[www.demetracentrostudi.it/](http://www.demetracentrostudi.it/)



Creative Commons (CC BY-NC-ND 3.0 IT)

Consentite la consultazione e la condivisione.

Vietate la vendita e la modifica.

Grafica e impaginazione: Centro Studi Demetra

Pubblicato nel mese di marzo 2021

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

Avv. Pierluigi Di Palma (Avvocatura Generale dello Stato e Centro Studi Demetra)

Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)

Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)

Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" – Roma e Centro Studi Demetra)

### **Comitato scientifico, tecnico e di valutazione/Scientific, Technical and Referees' Board**

Dr. Ruwantissa Abeyratne (Aviation Strategies International - Montreal)

Prof. Marco Calabrò (Università della Campania "Luigi Vanvitelli")

Prof. Antonio Catricalà (Università "Link Campus University" - Roma)

Prof. Danilo Ceccarelli Morolli (Università "G. Marconi" - Roma)

Prof. Michele M. Comenale Pinto (Università di Sassari)

Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)

Avv. Pierluigi Di Palma (Avvocatura Generale dello Stato e Centro Studi Demetra)

Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)

Prof. Alberto Empananza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)

Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)

Prof. Fabio Francario (Università di Siena)

Prof. Francesco Gaspari (Università "G. Marconi" – Roma e Centro Studi Demetra)

Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)

Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)

Avv. Valentina Lener (Assaeroporti)

Prof. Mario Libertini (Università "Sapienza" - Roma)

Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)

Prof. Sergio Marchisio (Università "Sapienza" - Roma)

Prof. José Manuel Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)

Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)

Prof. Roberto Miccù (Università Sapienza - Roma)

Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo)

Prof. Angelo Piazza (Università di Roma "Foro Italico")

Prof. Aristide Police (Università "Tor Vergata" - Roma)

Prof. Elisabetta G. Rosafio (Università di Teramo)

Prof. Francesco Rossi Dal Pozzo (Università statale di Milano)

Prof.ssa Maria Alessandra Sandulli (Università Roma Tre e Centro Studi Demetra)

Prof. Mario Sebastiani (Università "Tor Vergata" - Roma)

Prof. Christoph Schmid (Universität Bremen - Germania)

Prof. Franco Gaetano Scoca (Università "Sapienza" - Roma)

Prof. Stefano Salvatore Scoca (Università per Stranieri "Dante Alighieri" - Reggio Calabria)

Prof. Leopoldo Tullio (Università "Sapienza" - Roma)

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

Dott.ssa Flaminia Aperia Bella

Prof.ssa Annarita Iacopino

Dott. Marco Ragusa

Avv. Patrizia Beraldi

Prof.ssa Maria Assunta Icolari

Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti

Avv. Luigi De Propriis

Avv. Emanuela Lanzi

Dott.ssa Ersilia Sanginario

Avv. Marco Di Giugno

Dott. Antonio Mitrotti

Avv. Francesco Scalia

Avv. Fabrizio Doddi

Avv. Andrea Nardi

Prof.ssa Martina Sinisi

Dott. Simone Francario

Dott. Simone Paoli

Dott.ssa Veronica Sordi

Avv. Raissa Frascella

Avv. Anton Giulio Pietrosanti

Dott.ssa Sabrina Tranquilli

Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè

## Modalità di invio dei contributi

Chiunque può inviare il suo scritto in file “.doc” alla direzione della Rivista ([redazione@dirittopoliticadeitrasporti.it](mailto:redazione@dirittopoliticadeitrasporti.it)) unitamente alle seguenti informazioni:

- 1) i dati personali dell’Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un *abstract* in lingua inglese, che non deve superare le 1.000 battute (spazi inclusi), 5 parole chiave;
- 3) l’autorizzazione al trattamento dei dati personali forniti dall’Autore alla Rivista, ai sensi del Regolamento UE 679/2016 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016 (Regolamento Generale sulla Protezione dei Dati), nonché del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196 (Codice in materia di protezione dei dati personali);
- 4) una formale richiesta di pubblicazione, che si intende implicitamente inclusiva delle seguenti dichiarazioni da parte dell’Autore:
  - a) che il lavoro sia esclusivo frutto dell’Autore e sia stato redatto nel rispetto delle norme del diritto d’autore e della riservatezza delle informazioni anche con riferimento alle fonti utilizzate;
  - b) che l’Autore non ha già pubblicato ovvero non ha chiesto la pubblicazione dello scritto ad altra rivista telematica;
  - c) che le posizioni espresse impegnano l’Autore e non la Rivista;
  - d) che l’Autore esonererà la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

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

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

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

## Submission of contributions

Manuscripts are sent in “.doc” format to the Journal’s e-mail address ([redazione@dirittopoliticadeitrasporti.it](mailto:redazione@dirittopoliticadeitrasporti.it)). The e-mail includes the following information:

- 1) Author’s personal data, academic and/or professional qualifications, contacts;
- 2) *abstract* in Italian language of not more than 1.000 characters (including spaces), 5 key words;
- 3) authorization to process personal data provided by the Author to the Journal in accordance with Regulation EU 679/2016 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 (General Data Protection Regulation), and Legislative Decree 30 June 2003, No. 196 (Italian Personal Data Protection Code);
- 4) request to publish the manuscript, which implicitly includes the following declarations by the Author:
  - a) that the manuscript is the result of research activity conducted by the Author and that it complies with the rules on intellectual property rights and on confidentiality of information, also with regards to the sources used;
  - b) manuscript has not been already published nor has been submitted for publication to another on-line Journal;
  - c) the views expressed in the publication are the sole responsibility of the Author and do not reflect the views of the Journal;
  - d) the Author explicitly exonerates the Journal of all responsibility with regards to the choice to publish the manuscript, not to publish it, as well as to remove it from the Journal in the event of a breach of any legal provisions.

The Executive Editors reserve the right not to publish contributions that do not comply with the editorial criteria. Authors only are exclusively responsible for the contents of their writings. Anonymous writings are not accepted.

All contributions are published in PDF format. Off-prints may be downloaded and printed. Editorial criteria are available online, in the relevant section of the Journal.

# Indice

## Fascicolo II/2020

RICORDO DI ANTONIO CATRICALÀ

PRESENTAZIONE DEL FASCICOLO/PRESENTATION OF THE ISSUE

**Francesco Gaspari**

ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS

**Norberto E. Luongo**

Recent Developments in the ICAO Settlement of Disputes Mechanism ..... pag. 102

**Francesco Gaspari**

La tutela del diritto fondamentale alla mobilità e le esigenze di contenimento della spesa pubblica tra fallimenti della globalizzazione (e del mercato) e “ritorno alla sovranità” ..... pag. 123

**Alessandro Torello**

Libre circulación de mercancías y digitalización en la Unión Europea y en el Mercosur ..... pag. 134

**Ilaria Pavan**

Vicende societarie nelle società concessionarie della gestione degli aeroporti ..... pag. 148

NOTE A SENTENZA/LAW NOTES

**Giuseppina Agata Di Guardo**

Il delicato rapporto tra compensazione pecuniaria e risarcimenti supplementari nel Regolamento (CE) n. 261/2004: obblighi di protezione e diritti dei passeggeri ..... pag. 155

## **Ricordo di Antonio Catricalà**

Il 24 febbraio 2021 Antonio Catricalà, componente del Comitato Scientifico della nostra Rivista, ci ha lasciati.

Qui lo vogliamo ricordare come un servitore dello Stato che, nello svolgimento dei numerosi e prestigiosi incarichi politici ed istituzionali ricoperti, ha saputo mostrare, con passione e semplicità, le proprie indiscusse e apprezzate capacità giuridiche, tanto che tutti i suoi interlocutori, mai messi in difficoltà dal suo sapere, lo ricordano come un amico di grande personalità e carisma.

Il Comitato di direzione della Rivista lo ringrazia.

## Presentazione del Fascicolo

---

### Francesco Gaspari

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

Nei contributi raccolti nel secondo fascicolo del 2020 si affrontano temi molto attuali e di sicuro interesse, come quello di Norberto E. Luongo che si sofferma sui recenti sviluppi sul meccanismo di risoluzione delle controversie in sede ICAO. Si tratta di un tema destinato ad essere inevitabilmente condizionato dalla recentissima "Al-Ula Declaration", firmata il 5 gennaio 2021 dal Regno dell'Arabia Saudita, dagli Emirati Arabi Uniti (UAE), dal Bahrain e dagli altri Stati membri del Consiglio di Cooperazione del Golfo (Gulf Cooperation Council, GCC), unitamente all'Egitto. Tale Declaration pone così fine alla controversia con lo Stato del Qatar durata 3 anni e mezzo. A seguito della firma di tale atto, l'Arabia Saudita e l'UAE hanno adottato diverse iniziative per riaprire corridoi terrestri, marittimi e aerei per la circolazione da e verso il Qatar. Si tratta indubbiamente di un evento particolarmente importante, salutato con favore anche dall'ICAO.

Il lavoro sulla tutela del diritto fondamentale alla mobilità sottopone a revisione critica l'idea, ormai largamente diffusa e recepita in molti studi e politiche (o agende o strategie) multi livello, secondo cui la mobilità debba essere intesa come servizio da offrire sul mercato (mobilità come servizio), come qualsiasi altro servizio o bene di consumo. Lo scritto mette a tema il rapporto tra diritto alla mobilità, inteso come diritto presupposto, e territorio, configurato come formazione sociale (ex art. 2 Cost.) e come generatore di situazioni giuridiche soggettive (attive e passive) di cui sono titolari gli abitanti (denizen) delle medesime collettività territoriali. La mobilità viene ad essere inclusa tra dette situazioni e viene configurata come diritto sociale fondamentale, da tutelare e garantire nel rispetto di quel principio-valore indisponibile che è la dignità, da vedere come valore super costituzionale, non suscettibile di bilanciamento con altri valori.

Molto interessante è anche il contributo del Dott. Alessandro Torello. Lo scritto si propone, in particolare, di analizzare la libertà di circolazione delle merci e la digitalizzazione all'interno dell'Unione europea e del Mercosur, tenendo in considerazione i trattati e i codici doganali applicati nelle due unioni doganali.

Di particolare interesse è, inoltre, il contributo di Ilaria Pavan, che affronta il tema delle privatizzazioni delle società di gestione e delle vicende societarie nelle società concessionarie della gestione degli aeroporti. Specifico focus è dedicato a due recenti casi di operazioni societarie che hanno visto coinvolte le società di gestione degli aeroporti di Bolzano e di Olbia.

Di notevole attualità e interesse è la nota della Dott.ssa Giuseppina Agata Di Guardo, riguardante una recente ordinanza della Corte di giustizia UE, che affronta il tema del rapporto tra compensazione pecuniaria e risarcimenti supplementari nel Regolamento (CE) n. 261/2004.

*Articoli e Saggi*

## Recent Developments in the ICAO Settlement of Disputes Mechanism<sup>1\*</sup>

Norberto E. Luongo

*Lawyer. ICAO Qualified Instructor on Air Law (in Spanish and English). First Vice-Chairman of the ICAO Legal Committee. Arbitrator of the Aviation Court of the Shanghai Arbitration Center. Former Director of Aeronautical Legislation and Air Services Agreements in the Civil Aviation Authority of Argentina (2010-2012). Former Representative of Argentina to the ICAO Council (2012-2017). Former Chairman of the ICAO Facilitation Panel (2016-2018)*

---

### Abstract

*The Chicago Convention, the founding document of the International Civil Aviation Organization (ICAO), includes a mechanism for the settlement of disputes between the organization's Member States. In the relevant provision of such Convention, the ICAO Council is empowered to exercise a sui generis judicial activity that has rarely been used during the history of ICAO (although there seems to be an incipient renewed interest in its application). This article reviews the history of the application of this procedure, analyzes some controversial aspects of it, and presents some recent developments thereto related, namely: 1) the ongoing process of review of the ICAO Rules for Settlement of Differences, and 2) the recent judgments of the International Court of Justice on the appeals in the ongoing cases between BAHRAIN, EGYPT and UNITED ARAB EMIRATES and QATAR.*

*Keywords: ICAO - Settlement of Disputes – ICAO Rules of Procedure – “Qatar v. Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and United Arab Emirates” and “Qatar v. Bahrain, Egypt and United Arab Emirates.” - ICJ Judgments.*

---

---

<sup>1</sup> On January 5, 2021, the Kingdom of Saudi Arabia, the United Arab Emirates (UAE), Bahrain and the rest of the Gulf Cooperation Council (GCC) member states, along with Egypt, signed the “Al-Ula Declaration”, marking the end of a three-and-a-half-year dispute with the State of Qatar, which was put in place in June 2017. More recently, Saudi Arabia and the UAE have taken steps to reopen all land, sea and air corridors for movement to and from Qatar, and the relevant authorities in both countries have issued directives and circulars to this effect. The International Civil Aviation Organization through its President, the Secretary General, and the members of the Council welcomed the announcement. It is expected that this turn of events will have a significant impact in the dispute presented before the ICAO Council and discussed in this paper.

\* Sottoposto a referaggio.

Summary — INTRODUCTION — CHAPTER I. The ICAO mechanism for the settlement of disputes between States — CHAPTER II. Criticism on the ICAO Dispute Settlement System — CHAPTER III. Recent Developments — CHAPTER IV. FINAL EVALUATION and CONCLUSIONS

## **INTRODUCTION**

Since the beginning of human civilization, relationships between individuals and among various groups or social collectives have been structured around the progressive construction of both oral and written covenants, which were used as a cornerstone to regulate and build our “society of coexistence”.

Historically, this concept has been developed under the name “Social Contract Theory,” that is: the view that persons’ moral and/or political obligations are dependent upon a contract or agreement among them in order to form the society in which they live. Since this state includes some sort of figure invested with the authority and power to mete out punishments for breaches of such contract, human beings have good, albeit self-interested reasons to adjust themselves to the artifice of morality in general, and justice in particular. Having created a political society and government through their consent, groups of people living together then gained three things they lacked in the pre-covenant phase (the so-called “State of Nature”), namely: laws, judges to adjudicate laws and the executive power necessary to enforce these laws. Each person therefore gives over the power to protect themselves and punish transgressors of the Law of Nature to the government that they have created through the compact.

Therefore, the premise that the observance of the stipulations (“terms”) of any such covenant under the “social contract state” should be the norm, and its breach, the exception, constitutes a fundamental assumption; otherwise, coexistence would be chaotic, if not impossible. Hence the need to have a sovereign with the capacity for both enforcement of the rules and punishment of their breach.

*Mutatis mutandi*, the same principles are applicable to the coexistence of sovereign States. The current concept of “world order” was born as a consequence of the signature of the “Peace of Westphalia”<sup>2</sup> and the adoption of its political philosophy. This concept reflected a practical accommodation of the needs of the European states to the reality of that time, but it did not entail the imposition of a single moral vision, since it was founded on the premise of the establishment of a system of independent states that would refrain from interfering in the internal affairs of others and would mutually control their ambitions through a general balance of power. In return, each state was assigned the attribute of sovereign power over its territory.<sup>3</sup>

However, experience shows that both for relationships between individuals and also between states, an overreliance on the willingness of the parties to fulfil their obligations and abide to the law can lead to unpleasant situations and, not infrequently, be regarded as an incentive for abuses. This is why almost every written agreement among those actors explicitly includes remedies to be applied in the event that such a covenant is violated or, at least, when differences between the parties regarding the

---

<sup>2</sup> The “Peace of Westphalia” is the collective name given to two peace treaties signed in October 1648, ending the Thirty Years’ War.

<sup>3</sup> H. KISSINGER “*World Order*”, Penguin Books, 2016, p. 15.

interpretation or application of its terms arise. And as it happens with individuals, here also some type of “judges” to adjudicate conflicts are necessary.

This is a characteristic feature of the standard regulation of relationships between states in all areas and, of course, aeronautical activity is no exception to this rule. In 1947, Prof. John Cobb Cooper wrote: “*somewhere an impartial forum must exist in which the legitimacy of these objectives can be challenged by other nations directly concerned. The development of air transport of one nation may injuriously affect another or cause a dangerous dispute. Again, there must be a forum and machinery to remedy such a situation. World organization may well require sufficient international control so that air transport does not become an instrument of unfair nationalistic economic competition or political aggression and thus the source of serious international misunderstanding and dangerous ill feeling.*”<sup>4</sup>

As is well known, the most successful multilateral treaty on the regulation of international civil aviation operations is the Convention on International Civil Aviation<sup>5</sup> (commonly known as the “Chicago Convention” from its birthplace in 1944) which — *inter alia* — created the International Civil Aviation Organization (ICAO), a specialized agency of the United Nations whose objective is to promote the safe and orderly development of international civil aviation.<sup>6</sup>

The Chicago Convention constitutes a true *Magna Carta* due to its foundational nature, not only of the aforementioned ICAO,<sup>7</sup> but also of the entire modern system for organization of international civil aviation. Among its numerous provisions of various natures, it includes a special chapter that establishes and regulates the mechanism to be implemented for the solution of differences that may arise between its member states in relation to the interpretation or application of the Convention and its Annexes,<sup>8</sup> consisting of a debate process in which ICAO will assume a judicial role, at the end of which it will issue a verdict for adjudication of the controversy. This peculiar mechanism is presented and described in the following chapter of this article.

## **CHAPTER I. The ICAO Mechanism for the Settlement of Disputes between States**

### *a) Key features*

The mechanism envisaged by the Chicago Convention for the resolution of disputes between Member States that are submitted to ICAO is regulated in Chapter XVIII (arts. 84 to 88) of the said Convention, as follows.

In the event of a disagreement between two or more contracting states on the interpretation or application of the Convention and its Annexes that cannot be settled by

---

<sup>4</sup> J.C. COOPER, *The Right to Fly*, New York, 1947, p. 192–93.

<sup>5</sup> *Convention on International Civil Aviation*, done in Chicago on December 7, 1944, 15 UNTS 295, 61 Stat 1180; ICAO Doc. 7300 [herein after: Chicago Convention].

<sup>6</sup> *Chicago Convention*, Preamble.

<sup>7</sup> *Chicago Convention*, Second Part (Chapters VIII to XIII).

<sup>8</sup> The ICAO Annexes (a total of 19) are composed of the so-called Standards And Recommended Practices (SARPs), which are technical specifications adopted by the Council of ICAO in accordance with Article 37 of the Chicago Convention in order to achieve “*the highest practicable degree of uniformity in regulations, standards, procedures and organization in relation to aircraft, personnel, airways and auxiliary services in all matters in which such uniformity will facilitate and improve air navigation*”.

negotiation, any concerned State (the “applicant”) may request that the matter be decided by the ICAO Council.<sup>9</sup> Similarly, if any disagreement between two or more contracting states relating to the interpretation or application of the International Air Transport Agreement (IATA)<sup>10</sup> cannot be settled by negotiation, the provisions of Chapter XVIII of the Chicago Convention shall be applicable in the same manner as provided therein with reference to any disagreement relating to the interpretation or application of the above-mentioned Convention.<sup>11</sup> To this end, the State will file a formal petition to the Council (the “application”), accompanying a report (the “memorial”) detailing all the factual and legal circumstances on which it intends to base its claim. This application will be forwarded to the counterpart (the “respondent”), along with an invitation to file a counter-memorial within the timelimit established by the Council.<sup>12</sup> After substantiation of the process (which will include a production of evidence and a hearings phase, as the case may be), the matter will be decided by the Council through a vote, in which no member of the Council will take part when it comes to a dispute to which the said member is a party.<sup>13</sup>

Once the Council verdict has been delivered, any Contracting State may appeal the decision to an *ad hoc* arbitration tribunal accepted by the other parties to the dispute, or to the International Court of Justice (ICJ),<sup>14</sup> and such appeal shall be notified to the Council within sixty days after receipt of the notification of the decision of the Council.<sup>15</sup>

If a contracting State party to a dispute in which the decision of the Council is under appeal has not accepted the Statute of the International Court of Justice and if the Contracting States parties to the dispute cannot agree on the choice of the arbitral tribunal, each of the parties shall appoint a single arbitrator who shall name an umpire. In the event that any State party to the dispute fails to appoint an arbitrator within three months from the date of the appeal, the President of the Council shall appoint an umpire from a list of qualified and available persons maintained by the Council. If within thirty days the arbitrators cannot agree on the name of the umpire, the President of the Council will designate it from the aforementioned list. The arbitrators and the umpire shall then constitute an arbitral tribunal. The tribunal shall adopt its own procedure and its decisions by majority vote, provided that the Council may decide procedural questions in the event of delays that, in its opinion, are excessive.<sup>16</sup>

---

<sup>9</sup> *Chicago Convention*, art. 84.

<sup>10</sup> International Air Services Transit Agreement, signed at Chicago on 7 December 1944 [herein after: IATA].

<sup>11</sup> IATA, art. II, section 2.

<sup>12</sup> *Chicago Convention*, art. 84.

<sup>13</sup> *Chicago Convention*, art. 84, and art. 15 of the *ICAO Rules for the settlement of Differences*, Doc. 7782/2, Second Ed. (1975).

<sup>14</sup> The text of the Chicago Convention, written and adopted in 1944, refers to the “*Permanent Court of International Justice*”. However, following the Second World War, both the League of Nations and the Permanent Court of International Justice were replaced by the United Nations and International Court of Justice, respectively. The San Francisco Conference, meeting from April to June 1945 to draw up the United Nations Charter was also entrusted with preparing a draft statute for a future international court of justice, based on the Statute of the PCIJ, as clearly stated in the same Charter. The Permanent Court of International Justice convened for the last time in October 1945 and resolved to transfer its archives to its successor, the International Court of Justice, while its decisions remained valid.

<sup>15</sup> *Chicago Convention*, art. 84.

<sup>16</sup> *Chicago Convention*, art. 85.

Unless the Council decides otherwise, any decision by the Council as to whether an international airline is operating in accordance with the provisions of the Chicago Convention shall remain in force unless it is reversed on appeal. On any other matter, the decisions of the Council, if appealed, will be suspended until the appeal is decided. The decisions of the International Court of Justice or an arbitration tribunal shall be final and binding.<sup>17</sup>

The Convention also contains very strict sanctions. Every Contracting State undertakes not to allow the operation of an airline of a Contracting State through the airspace above its territory if the Council has decided that the airline concerned is not in compliance with a final decision rendered according to the Convention.<sup>18</sup> Also, the Assembly shall suspend the right to vote in the Assembly and in the Council of any Contracting State found to be in default with respect to the provisions of Chapter XVIII of the Chicago Convention. This provision was never tested in the practice, and it would have to be taken by the majority of the Assembly.<sup>20</sup>

Additional procedural aspects of this mechanism are regulated separately, in a document adopted later and approved by the ICAO Council, named “*Rules for the Settlement of Differences*” (“The Rules”).<sup>21</sup>

The Rules govern the procedure to be followed by the Council in the settlement of differences between Contracting States pursuant to Article 84 of the Chicago Convention. Under these Rules, the Council functions as a dispute settlement body. The Council takes its decisions on the basis of written documents submitted by the parties (e.g., memorials, counter-memorials, replies and rejoinders) as well as oral hearings. Another important aspect of the Rules is the importance given to mediation and conciliation either before or during the proceedings. The Rules were adopted by the Council in 1957 and have since been amended only once, just to include Russian as a working language.

*b) A brief history of the Disputes submitted to the Council for adjudication*

The International Civil Aviation became fully operational in 1947<sup>22</sup> and has been performing the functions entrusted to it by the Chicago Convention since then uninterruptedly. However, it is noteworthy that during the long period between the actual entering into functions of ICAO (1947) and 2016, only five cases were brought before the ICAO Council for adjudication, which is quite a low number. In order to provide the historical background necessary for the subsequent analysis of the subject matter of this article, a brief review of such cases is presented below.<sup>23</sup>

---

<sup>17</sup> *Chicago Convention*, art. 86.

<sup>18</sup> *Chicago Convention*, art. 87. There has not been any instance when this provision would be applied.

<sup>19</sup> *Chicago Convention*, art. 88.

<sup>20</sup> M. MILDE, *International Air Law and ICAO*, The Netherlands, 2012, p. 199.

<sup>21</sup> ICAO Doc. 7782/2, Second Ed. (1975).

<sup>22</sup> ICAO succeeded PICAO, the Provisional International Civil Aviation.

<sup>23</sup> For the purposes of this listing, every dispute is considered as one, as is done in most legal textbooks, even when more than a single memorial were submitted, under different grounds. For a more detailed account of these cases, please refer to: P.S. DEMPSEY, *Flights of Fancy and Fights of Fury: Arbitration and Adjudication of Commercial and Political Disputes in International Aviation*, in *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 32, 2, 2004, p. 267–286.

*India v. Pakistan (1952)*

The first dispute submitted to the ICAO Council for adjudication was a complaint filed by India against Pakistan in April of 1952. India alleged breach of the Chicago Convention and the Transit Agreement by Pakistan's refusal to permit Indian aircraft to fly over its territory to and from Afghanistan. Because no rules of procedure had then been promulgated, the Council appointed a working group of three Council representatives to assist it in devising appropriate procedures. By June 1953, the parties had reached an amicable resolution of the controversy, and so informed the Council.<sup>24</sup>

*United Kingdom v. Spain (1969)*

The second complaint was filed by the U.K. against Spain, alleging Chicago Convention violations by Spain's establishment of a prohibited zone near Gibraltar. In 1969, the parties informed they wished the complaint deferred *sine die*,<sup>25</sup> and consideration was thus deferred indefinitely.

*Pakistan v. India (1971)*

The third complaint (two applications, one under art. 84 of the Chicago Convention and another under Section I, art. 2 of the IASTA) was filed by Pakistan against India in February 1971. It was triggered by India's suspension of Pakistani flights over its territory after Indian nationals hijacked an Indian aircraft, flew it to Pakistan and blew it up, allegedly with the complicity of the Pakistani government. India filed a preliminary set of objections, challenging the jurisdiction of the Council on May 28, 1971. On July 29, 1971, the Council affirmed its jurisdiction over the Pakistani complaint. India appealed that decision to the International Court of Justice pursuant to Article 84 of the Chicago Convention. Proceedings before the Council were held in abeyance pending the outcome of the appeal. The Court voted 14–2 to uphold the jurisdiction of the ICAO Council to hear the case.<sup>26</sup> The ICJ decision, issued August 18, 1972, cleared the way for consideration of the merits of the case by the ICAO Council. However, the conflict was essentially rendered moot when Bangladesh emerged as a new nation, replacing East Pakistan. In July 1976, India and Pakistan issued a joint statement discontinuing the proceedings before the ICAO Council.<sup>27</sup>

*Cuba v. United States (1998)*

The dispute originated in the denial by the U.S. of rights of overflight for Cuban aircraft engaged in scheduled flights between Cuba and Canada. As a result of the conciliation efforts conducted by the President of the Council, the parties reached an agreement that provided for such overflight rights, subject to certain restrictions.

*United States v. Fifteen European Nations (2000)*

The dispute was motivated by the adoption of Council Regulation (EC) 925/1999, which established significantly more stringent standards for noise emissions than those demanded by the ICAO standards (promulgated under Annex 16 to the Chicago Convention). The United States filed a formal Article 84 complaint with ICAO against the fifteen EU member states (for the EU itself is not formally an ICAO member) on

<sup>24</sup> ICAO Doc. 7361 C/858 at 15–26 (1953); ICAO Doc. 7367 A7/P/1 74–76 (1953); 166 U.N.T.S. 3 (1953).

<sup>25</sup> ICAO Doc. 9803, c/994 27 (1969).

<sup>26</sup> Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (*India v. Pakistan*), 1972 I.C.J. 46, 70.

<sup>27</sup> M. MILDE, *International*, cit., p. 202.

March 14, 2000.<sup>28</sup> The EU member states responded to the U.S. complaint on July 18th with preliminary objections, as follows: 1) absence of adequate negotiations, 2) failure to exhaust local remedies, and c) scope of the relief requested.

The Council voted 26-0 in favor of the United States. Following the Council's decision, the EU Member States did not exercise their right to appeal it to the International Court of Justice and filed their counter-memorial. The Council invited the parties to resume negotiations to resolve the dispute, which they agreed to do. The dispute was defused with an agreement between the United States and EU concluded at ICAO's Montreal headquarters in October 2001.<sup>29</sup> In April 2002 the EU repealed the noise regulation, and the parties agreed to discontinuation of the proceedings.

As anticipated in this chapter, in 2016 and 2017 two cases (actually involving three claims), were submitted to the ICAO Council for settlement. These cases are presented below.

*Brazil v. United States*

On December 2, 2016, the Delegation of Brazil to the International Civil Aviation Organization presented an application and memorial to the Council of ICAO for the settlement of a disagreement between Brazil and the United States. The Application of Brazil, submitted under Article 84 of the *Convention on International Civil Aviation* and under the *ICAO Rules for the Settlement of Differences*, relates to the interpretation and application of the Convention and its Annexes following the collision of flight GOL 1907, and a private flight operated by ExcelAire Services Inc. (September 29, 2006).

*Qatar v. Egypt, Bahrain, Saudi Arabia and United Arab Emirates*

On October 30, 2017, the State of Qatar presented an Application to the Council of ICAO for the settlement of a disagreement between the State of Qatar and the Arab Republic of Egypt, the Kingdom of Bahrain and the United Arab Emirates, pursuant to Article II, Section 2, of the International Air Services Transit Agreement (Chicago, 1944). On the same date, the State of Qatar presented another Application to the Council of ICAO for the settlement of a disagreement between the State of Qatar and the Arab Republic of Egypt, the Kingdom of Bahrain, the United Arab Emirates, and the Kingdom of Saudi Arabia, pursuant to Article 84 of the Convention on International Civil Aviation. The presentations followed the announcement made by the governments of the Respondents (June 5, 2017) that Qatar-registered aircraft would not be permitted to fly to or from the airports within their territories and are barred from their respective national air spaces.

c) *A preliminary reflection*

As a first conclusion on this historical review, it can be reaffirmed that — as mentioned before — it is quite remarkable that before 2016 and during its more than seventy years

---

<sup>28</sup> This European “environmental leadership” has often drawn criticism from nations outside the EU, which view the noise limitations as being used to restrict market access by non-EU carriers and to protect European aircraft manufacturers. The issue of protectionism for European manufacturers was also raised by the United States, since U.S.-based corporations are the only suppliers of *hushkits*, and many of the engine models produced by U.S. manufacturer Pratt & Whitney do not meet the bypass ratio requirement. P.S. DEMPSEY, *Flights of Fancy*, cit., p. 278–82.

<sup>29</sup> U.S. *Drops Hushkit Complaint, Pursues Case Against Belgium*, AVIATION DAILY, June 14, 2002, at 2.

of history, ICAO had received only five cases of disputes between member states for Council adjudication. This peculiarity has led some scholars to cast doubts on the ability of the mechanism devised by the drafters of the Chicago Convention to arouse the interest of the international community to turn to it as a means of dispute settlement. Some have gone even further, targeting the main features of the systems as responsible for this phenomenon, arguing such a mechanism proved to be inadequate to fulfil its specific purpose.<sup>30</sup> A discussion of this approach will be presented further in this article.

## **CHAPTER II. Criticism on the ICAO Dispute Settlement System**

Although the ICAO Council has been designed as a potential forum for both arbitration and adjudication, and given the fact that 193 States are parties of the Chicago Convention at present, international aviation disputes have rarely been brought before it. Moreover, in none of them did the Council issue a formal decision on the merits of the case.

This particular situation has created in some authors the perception that the settlement of differences mechanism established in Chapter XVIII of the Chicago Convention has failed as an attempt to provide an effective solution to disputes between States, since it never actually fulfilled the purpose for which it was conceived.<sup>31</sup> Conversely, others believe that such assessment is too hasty, and overlooks some important features of the system and the political forces driving the conduct of States that explains such outcome.<sup>32</sup>

There seems to be several reasons why so few disputes have been submitted for adjudication under Chapter XVIII of the Convention. Collecting the opinion of a number of distinguished scholars, Prof. Paul S. Dempsey lists as many as six reasons why nations are reluctant to resort to legal means for dispute resolution in general.<sup>33</sup>

1. Some nations may be unwilling to tender the question to a third party for fear of an adverse resolution, since, although legal methods offer a means of securing an answer to a controversial legal question, the answer may not be the one that a participant would prefer to hear.<sup>34</sup>
2. Similarly, a nation in a superior bargaining position may have that strength seriously diluted if the dispute is submitted to a neutral third party, and advantage it may not wish to lose.<sup>35</sup>
3. Some other States may be hesitant to resort to this solution because of the dearth of precedents or clear legal norms to govern the decision-makers.<sup>36</sup>
4. In no few cases, this reluctance is explained by the States' interest in avoiding the potential embarrassment of focused media attention.<sup>37</sup>

---

<sup>30</sup> See *infra*, Chapter II.

<sup>31</sup> G.S. SANCHEZ, *The Impotence of the Chicago Convention Dispute Settlement Provisions, 10 Issues Av L & Pol'y*, 2010, p. 27 ff. (*passim*).

<sup>32</sup> P.S. DEMPSEY, *Public International Air Law*, Institute & Center for Research in Air and Space Law, McGill University, Montreal, Canada, 2008, p. 731–732.

<sup>33</sup> *Ibidem*.

<sup>34</sup> R. BILDER, *Some Limitations on Adjudication as an International Dispute Settlement Technique*, 23 *V.A.J.LNT'I L.*, 1, 1982, p. 4.

<sup>35</sup> M.S. McDUGAL, H.D. LASSWELL, J.C. MILLER, *The interpretation of agreements and world public order: principle of content and procedures*, New Haven, 1967, p. 258–60.

<sup>36</sup> R. BILDER, *Some Limitations*, cit., p.1, 3.

5. The actual underlying cause of dispute may differ from the legal issue that is submitted to arbitration or adjudication. Thus, the tribunal may be focusing on an ostensibly important legal question when the real friction between the governments arises from in a political or economic dimension.<sup>38</sup>

6. Finally, other nations may be concerned about the expense, inconvenience and delay involved in arbitral or international procedures or uncertainty regarding the enforceability of any eventual judgment.<sup>39</sup>

Regarding the specific procedure elaborated in Chapter XVIII of the Chicago Convention, some commentators have recently surmised that it is insufficient to provide an adequate solution to all the areas in dispute in modern aviation,<sup>40</sup> which, in turn, would explain the preference for direct negotiations pursuing a consensual resolution, and of arbitration as a means to solve the conflict when consultations and negotiations fail. Arbitration, as an alternative method of resolution of conflicts, not only entails a more expeditious and economic procedure, but also secures the privacy of proceedings and greater input in the selection of the decision-makers.<sup>41</sup>

Moreover, most bilateral air transport agreements include explicit arbitration clauses that require the submission of disputes to an arbitral panel, once consultation and negotiation alternatives have failed to resolve the dispute. This is identified as an advantage over attempting to secure jurisdiction over recalcitrant nations before an international adjudicatory body such as the International Court of Justice.<sup>42</sup>

As noted by an author, “[t]he primary problem confronting both the Permanent Court of Justice under the League of Nations and the International Court of Justice under the United Nations has been the reluctance of nations to submit themselves to the compulsory jurisdiction of either court.”<sup>43</sup>

However, the Chicago Convention does not contain any constitutional basis for the settlement of differences arising from bilateral agreements, and on the basis of the Convention the Council would not be competent to consider disputes based on bilateral agreements. This matter was addressed by the very first session of the Assembly in 1947 in Resolution A1-23, named “*Authorization to the Council to Act as an Arbitral Body*.”<sup>44</sup> In any case, the majority of the criticism of the ICAO mechanism of settlement of

---

<sup>37</sup> P.LARSEN, *The United States-Italy Air Transport Arbitration: Problems of Treaty Interpretation and Enforcement*, in 61 *A.M.J INT'L*, 1967, p. 496 ff., esp. p. 498-99; G. MCGINLEY, *Ordering a Savage Society: A Study of International Disputes and a Proposal for Achieving Their Peaceful Resolution*, in 25 *HARV INT'L L.J.*, 1984, p. 43 ff., esp. p. 70.

<sup>38</sup> R. BILDER, *Some Limitations*, cit., p. 4,6.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>40</sup> R. SANKOVYCH, *ICAO Dispute Resolution Mechanism: Deepening the Current Framework in Lieu of a New One*, in *IALP*, Spring 2017, Vol. 16, No. 2, p. 319-340.

<sup>41</sup> *Id. supra*, note 32.

<sup>42</sup> P.S. DEMPSEY, *Public International*, cit., p. 733.

<sup>43</sup> H.J. OWEN, *Compulsory Jurisdiction of International Court of Justice: A Study of Its Acceptance by Nations*, in 3 *G.A. L. REV.*, 1969, p. 704.

<sup>44</sup> M. MILDE, *International*, cit., p.196-197. That Resolution authorized the Council to act as an arbitral body on any differences arising among contacting States relating to civil aviation matters submitted to it, when expressly requested to do so by all parties to such difference. On such occasions the Council would be authorized to render an advisory report, or a decision binding upon the parties, if the parties expressly decide to obligate themselves in advance to accept the decision of the Council as binding. It is interesting to note that in the existence of ICAO no dispute was ever referred to the Council for arbitration under the terms of Resolution A1-23. M. MILDE, *International*, cit., p. 196-197.

disputes lies in the nature of the Council itself, namely its political composition. Authors pointing out this feature argue that the Council is a body comprised of governmental representatives appointed for their technical, administrative or diplomatic skills rather than their legal abilities,<sup>46</sup> and hence, they do not possess that measure of dispassionate independence and autonomy of an unbiased neutral decision maker that one normally expects of a judge.<sup>47</sup>

The first president of the Council. Dr. Edward Warner, noted that *“No international agency composed of representatives of States could be expected to bring judicial detachment to the consideration of particular cases in which large interests are involved”*.<sup>48</sup> His successor as President of the Council, Walter Binaghi, expressed that he *“had always had doubts about the role assigned to the council by Chapter XVIII of the Convention.”*<sup>49</sup>

Dr. Michael Milde, former Director of the ICAO Legal Affairs and External Relations Bureau, wrote that *“[t]he Council cannot be considered to be a true judicial body composed of judges who would be acting in their personal capacity and deciding strictly and exclusively on the basis of international air law. Since the Council is a policy making body composed of States, the procedure for the settlement of differences under the Chapter XVIII of the Convention cannot be a true international adjudication on the basis of the international law but rather a sort of “qualified international arbitration” — arbitration sui generis — “diplomatic arbitration” conducted by sovereign States. Their decision may be based on policy or political considerations or equity rather than on strict legal rules.”*<sup>50</sup>

However, not all authors are of the same opinion. Some have asserted that the Council of ICAO has true judicial power under Chapter XVIII of the Chicago Convention and that *“the Council must consider itself an international judicial organ in accordance with rules of international law governing judicial proceedings. Thus, inter alia, members of the Council, even though they maybe national representatives nominated by Governments must, when functioning under Chapter XVIII of the Chicago Convention, act in an impartial and judicial capacity.”*<sup>51</sup>

As will be mentioned in the chapter in this article, the International Court of Justice has expressed an opinion of its own on this matter in a recent judgment. Another problem with Chapter XVIII of the Chicago Convention mechanism is the potential cost of lengthy adjudicatory proceedings in consumption of the time and monetary resources of the parties. *“The sheer size of today’s ICAO Council [...] would suggest the likelihood of a lengthy evidentiary and discretionary process, and the*

---

<sup>45</sup> Prof. D. GOEDHIUS, Questions of Public International Air Law, in *Recueil des Cours*, Academie de Droit International (a952-II), p. 205 and p. 222–225.

<sup>46</sup> T. BUERGHENTAL, *Law-Making in the International Civil Aviation Organization*, Syracuse, N.Y., 1969, p. 12–24, 195.

<sup>47</sup> “A convincing illustration that the Representatives on the Council do not act in “an impartial and judicial capacity” may be found, e.g., in the Minutes of the Council meeting held on 29 July 1971, where several Representatives requested a postponement of a vote (re Pakistan v. India) to consult with their respective administrations to obtain instructions (C-Min 74/6, 29 July 1971). It would be unthinkable for a judge to request ‘instructions’ from a national administration or anybody else.” M. MILDE, *International*, cit., p. 200.

<sup>48</sup> DR. E. WARNER, *The Chicago Air Conference. Accomplishments and unfinished business*, in 23 *Foreign Affairs*, April 1945, p. 406.

<sup>49</sup> C-MIN. 88/5, pp. 40–41.

<sup>50</sup> M. MILDE, *International*, cit., p. 200.

<sup>51</sup> B. CHENG, *The Law of International Air Transport*, London, New York, 1961, p. 101.

*nightmare of a plethora of separate and conflicting opinions,” and that compromises its “judicial independence”*<sup>53</sup> to the point that an author expressed that to say a state can be a judge is a contradiction in itself.<sup>54</sup>

All these concerns will be addressed in chapter IV below.

### **CHAPTER III. Recent Developments**

Two recent developments regarding the ICAO Settlement of Disputes mechanism will be presented in this section.

*a) Review of the Rules for the Settlement of Differences*

The ICAO Council, at the fifth meeting of its 215th Session held on November 7, 2018, endorsed the recommendation of the 37th Session of the Legal Committee (4–7 September 2018) to establish a working group to review the ICAO Rules for the Settlement of Differences (WG-RRSD).

As mentioned before, the Rules (Doc 7782/2) govern the procedure pertaining to the performance of the judicial functions of the Council under Article 84 of the Chicago Convention. The said Rules were adopted by the Council in 1957 and have since been amended only once in 1975, to add Russian as a working language.

At the tenth meeting of its 211th Session held on June 23, 2017, the Council requested the Secretariat to review the ICAO Rules, with the aim of determining whether the said Rules need to be revised and updated taking into account relevant developments that had occurred since the publication of the document. The Council further requested that this review should also take into account comparable documentation that is in use for similar purposes elsewhere in the United Nations system, as well as international governmental organizations, and in particular the Rules of Court of the International Court of Justice (the “ICJ Rules”). Following some preliminary work on the subject, the Secretariat advised the President of the Council that it was necessary for the issue to be referred to the Legal Committee during its 37th Session.<sup>55</sup>

At the 37th Session of the Legal Committee, the Secretariat introduced a Working Paper on the subject,<sup>56</sup> which provided, *inter alia*, a historical background with respect to the adoption of the ICAO Rules and highlighted the need for their modernization.

In particular, the Working Paper recalled that the ICAO Rules, which were approved by the Council in 1957, were drafted in close alignment with the 1946 ICJ Rules and that since then the ICJ has adopted a thoroughly revised set of Rules of Court that came into

---

<sup>52</sup> P.S. DEMPSEY, *Public International*, cit., p. 735.

<sup>53</sup> P.S. DEMPSEY, *Flights of Fancy*, cit., p. 302.

<sup>54</sup> “In short, it is a contradiction in terms to say that a state can be a judge. It is also a contradiction to hold that a representative who receives instructions from a state as to how he should act with respect to a particular disagreement could be seen to act judicially”. G. FITZGERALD, *The Judgment of the International Court of Justice in the Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*, in *CAN. Y.B. INT’L.*, 1974, p. 153 ff., esp. p. 168-69.

<sup>55</sup> Montreal, Canada, 4–7 September 2018.

<sup>56</sup> LC/37-WP/3-2.

force on July 1, 1978,<sup>57</sup> with subsequent amendments that entered into force in 2001 and 2005.<sup>58</sup>

The Working Paper also highlighted that the ICAO Rules were not aligned with the current ICJ Rules as for example the ICAO Rules provide for the filing of a preliminary objection solely on ground of jurisdiction whereas the ICJ Rules allow for the filing of preliminary objections on several grounds including jurisdiction, admissibility and other grounds. Additionally, the said paper suggested that a modernization of the Rules may include a review of some miscellaneous provisions in order to recognize other ICAO working languages (Arabic and Chinese) as well as electronic communications and submissions such as through emails.

It was the view of several delegations that, because of its political and judicial roles, the Council of ICAO is unique and therefore different from the ICJ, whose role is purely judicial. Therefore, while questioning the appropriateness of aligning the ICAO Rules exclusively to the ICJ Rules, some delegations pointed out that it would also be important to consider aligning the ICAO Rules with best practices.<sup>59</sup>

After consideration of the Working Paper, the Committee decided to add the item “*Review of the ICAO Rules for the Settlement of Differences*” to its Work Program with priority No. 2.<sup>60</sup> The Committee agreed to establish a Working Group to undertake the work on this item whose members would be nominated by the Committee’s next Chairperson in consultation with the President of the Council.<sup>61</sup>

The Committee also noted that any revised rules would not apply to any of the disputes currently pending before the Council but to future disputes brought before the Council.<sup>62</sup>

At the fifth meeting of its 215th Session, held on November 7, 2018, the Council endorsed the Legal Committee’s decision to establish the Working Group for the Review of the ICAO Rules for the Settlement of Differences (WG-RRSD).

The task of the WG-RRSD is to assist the Legal Committee in revising said Rules, taking into account comparable documentation that is in use for similar purposes elsewhere in the United Nations system, as well as international governmental organizations, and in particular the ICJ Rules. Moreover, the WG-RRSD is also expected to take into account the development of new and innovative mechanisms to facilitate the settlement of differences in a timely, expeditious and transparent fashion. In addition, a benchmarking study conducted by the Secretariat compared ICAO’s Rules with the rules and procedures governing the settlement of differences in other international judicial and dispute settlement bodies, such as: the International Court of Justice (ICJ), the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID), the International Tribunal for the Law of the Sea (ITLOS), the Permanent Court of Arbitration (PCA), the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) and the World Trade Organization (WTO).

---

<sup>57</sup> Rules of Court (1978), adopted on April 14, 1978, and entered into force on July 1, 1978.

<sup>58</sup> Any amendments to the Rules of Court, following their adoption by the Court, are now posted on the Court’s website, with an indication of the date of their entry into force and a note of any temporal reservations relating to their applicability (for example, whether the application of the amended rule is limited to cases instituted after the date of entry into force of the amendment); they are also published in the Court’s *Yearbook*.

<sup>59</sup> Legal Committee, 37th Session. Montreal 4 – 7 September, 2018. Report, 6:9.

<sup>60</sup> *Ibidem*, 3:8.

<sup>61</sup> *Ibidem*, 6:11.

<sup>62</sup> *Ibidem*.

The WG-RRSD is comprised of several States represented by legal experts having knowledge of judicial settlement of international disputes, with particular emphasis on aviation disputes. Two face-to-face meetings of the WG-RRSD were held in 2019, and decisions on future meetings are subject to the evolution of the current global pandemic situation. Once its work is finished, it will submit its report and conclusions to the 38th Session of the Legal Committee.

b) *ICJ judgment on the “Bahrain, Egypt and United Arab Emirates v. Qatar” Appeal*

On June 5, 2017, the Governments of Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and the United Arab Emirates severed diplomatic relations with the State of Qatar and adopted a series of restrictive measures relating to terrestrial, maritime and aerial lines of communication with Qatar, which included aviation restrictions. Pursuant to these actions, all Qatar-registered aircraft were barred by the Appellants from landing at or departing from their airports and were denied the right to overfly their respective territories, including the territorial seas within the relevant flight information regions. Certain restrictions also applied to non-Qatar-registered aircraft flying to and from Qatar, which were required to obtain prior approval from the civil aviation authorities of the Appellants.<sup>63</sup>

On June 15, 2017, Qatar submitted to the Office of the ICAO Secretary General an application for the purpose of initiating proceedings before the Council, citing Bahrain, Egypt, Saudi Arabia and the United Arab Emirates as respondents, as well as a memorial, in which it claimed that the aviation restrictions adopted by the respondents violated the respondents’ obligations under Article 84 of the Chicago Convention. On the same date, another application and memorial were submitted by Qatar against Bahrain, Egypt and the United Arab Emirates, claiming that the aforementioned restrictions violated Article II, Section 2, of the IASTA.<sup>64</sup> Due to certain deficiencies in the applications and the memorials identified by the Secretariat, both documents were resubmitted on October 30, 2017.

On March 19, 2018, Bahrain, Egypt and the United Arab Emirates, as respondents before the ICAO Council, raised two preliminary objections.

In the first preliminary objection, it was argued that the ICAO Council lacked jurisdiction under the IASTA since the real issue in dispute between the parties involved matters extending beyond the scope of that instrument, including whether the aviation restrictions could be characterized as lawful countermeasures under international law. In the second preliminary objection, it was argued that Qatar had failed to meet the precondition of negotiation set forth in the Chicago Convention and the IASTA, also reflected in Article 2, subparagraph (g), of the ICAO Rules for the Settlement of Differences, and consequently that the Council lacked jurisdiction to resolve the claims raised by Qatar, or alternatively that the application was inadmissible.

---

<sup>63</sup> According to the Appellants, the restrictive measures were taken in response to Qatar’s alleged breach of its obligations under certain international agreements to which the Appellants and Qatar are parties, namely the Riyadh Agreement (with Endorsement Agreement) of November 23 and 24, 2013, the Mechanism Implementing the Riyadh Agreement of April 17, 2014 and the Supplementary Riyadh Agreement of November 16, 2014, and of other obligations under international law.

<sup>64</sup> “If any disagreement between two or more contracting States relating to the interpretation or application of this Agreement cannot be settled by negotiation, the provisions of Chapter XVIII of the [Chicago] Convention shall be applicable in the same manner as provided therein with reference to any disagreement relating to the interpretation or application of the above-mentioned Convention.”

By a decision dated June 29, 2018, the ICAO Council, rejected the preliminary objections, treating them as one single objection. On July 4, 2018, the Kingdom of Bahrain, the Arab Republic of Egypt, the Kingdom of Saudi Arabia and the United Arab Emirates filed in the Registry of the Court a joint Application constituting an appeal from the decision rendered by the ICAO Council, and on the same day, the Kingdom of Bahrain, the Arab Republic of Egypt and the United Arab Emirates filed in the Registry of the Court another joint Application constituting an appeal from the same ICAO Council decision.

On 14 July 2020, the Court rendered its Judgments. The main elements of such judgments are summarized below.

1) *The Court's appellate function and the scope of the right of appeal to the Court*

Before addressing the three grounds of appeal against that Decision, the Court described its appellate function and the scope of the right of appeal to the Court under Article 84 of the Chicago Convention (also incorporated by reference in Article II, Section 2, of the IASTA).

The Court noted that Article 84 of the Chicago Convention appears under the title “*Settlement of disputes*”, whereas the text of the article opens with the expression “any disagreement”. In this context, the Court recalls that its predecessor, the Permanent Court of International Justice, defined a dispute as “*a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons.*”<sup>66</sup> The text of Article 84 does not specify whether only final decisions of the ICAO Council on the merits of disputes before it are subject to appeal. The Court settled this issue in the first appeal submitted to it against a decision of the ICAO Council,<sup>67</sup> where the Court concluded that: “*an appeal against a decision of the Council as to its own jurisdiction must therefore be receivable since, from the standpoint of the supervision by the Court of the validity of the Council’s acts, there is no ground for distinguishing between supervision as to jurisdiction, and supervision as to merits.*”<sup>68</sup>

The Court noted that Qatar expressly recognized the right of the Appellants under Article II, Section 2, of the IASTA to appeal the Council’s decision on its jurisdiction and, therefore, the Court was satisfied that it had jurisdiction to entertain the appeal.

2) *The second ground of appeal: rejection by the ICAO Council of the first preliminary objection*

The Appellants’ second ground of appeal related to their first preliminary objection as respondents before the ICAO Council. In this objection, they argued that their actions, including in particular the aviation restrictions, constitute a set of measures “*adopted in reaction to Qatar’s multiple, grave, and persistent breaches of its international*

---

<sup>65</sup> See: <https://www.icj-cij.org/en/case/173> (last time accessed: February 8, 2021).

<sup>66</sup> Mavrommatis Palestine Concessions, Judgment No. 2, 1924, P.C.I.J., Series A, No. 2, p. 11.

<sup>67</sup> Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (India v. Pakistan), Judgment, I.C.J. Reports 1972, p. 46.

<sup>68</sup> *Ibid.*, p. 61, para. 26.

<sup>69</sup> The Court noted that there was no requirement to follow the order of grounds of appeal used by the Appellants.

*obligations relating to matters essential to [their] security [...] and constitute lawful countermeasures authorized by general international law*". They expressed the view that under Art. 84 of the Chicago Convention and Article II, Section 2, of the IASTA the jurisdiction of the Council is limited to any disagreement between two or more States relating to the interpretation or application of said documents, and that the Council therefore does not have jurisdiction to adjudicate issues as to whether Qatar has breached its other obligations under international law, including obligations under the Riyadh Agreements, matters falling outside of the scope of the Chicago Convention and the IASTA and, therefore, the ICAO Council lacks jurisdiction. They argued that the narrow dispute relating to airspace closures cannot be separated from the broader issues and that the legality of the airspace closures cannot be judged in isolation.

Before the Council, Qatar expressed the view that the issues of countermeasures and their lawfulness go to the merits of the case and should not be considered by the Council when it takes a decision on its jurisdiction. Qatar relied on the Court's Judgment in the Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (*India v. Pakistan*),<sup>70</sup> and there is nothing in the Chicago Convention, the IASTA Agreement or in the ICAO Rules for the Settlement of Differences that sets any other limit on, or otherwise circumscribes, the jurisdiction of the Council.

The Court considered that the mere fact that this disagreement has arisen in a broader context does not deprive the ICAO Council of its jurisdiction under the Chicago Convention and the IASTA. As the Court has observed in the past, "*legal disputes between sovereign States by their very nature are likely to occur in political contexts, and often form only one element in a wider and long-standing political dispute between the States concerned.*"<sup>71</sup>

The Court also considered that the prospect that a respondent would raise a defense based on countermeasures in a proceeding on the merits before the ICAO Council does not, in and of itself, have any effect on the Council's jurisdiction within the limits of the Chicago Convention and the IASTA. As the Court stated when considering an appeal from a decision of the ICAO Council in 1972: "*The fact that a defense on the merits is cast in a particular form, cannot affect the competence of the tribunal or other organ concerned, — otherwise parties would be in a position themselves to control that competence, which would be inadmissible.*"<sup>72</sup>

The Court stated that such reasoning applied equally to the present case and, therefore, concluded that the Council did not err when it rejected the first preliminary objection by the Appellants relating to its jurisdiction.

In view of the above, the Court concluded that the second ground of appeal could not be upheld.

---

<sup>70</sup> Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (*India v. Pakistan*), Judgment, I.C.J. Reports 1972.

<sup>71</sup> United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran (*United States of America v. Iran*), Judgment, I.C.J. Reports 1980, p. 20, para. 37; see also *Certain Iranian Assets (Islamic Republic of Iran v. United States of America)*, Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2019 (I), p. 23, para. 36.

<sup>72</sup> Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council (*India v. Pakistan*), Judgment, I.C.J. Reports 1972, p. 61, para. 27.

3) *The third ground of appeal: rejection by the ICAO Council of the second preliminary objection*

As their third ground of appeal, the Appellants asserted that the ICAO Council erred when it rejected the second preliminary objection, which they raised as respondents before the Council, pursuant to which they claimed that the ICAO Council lacked jurisdiction because Qatar had failed to meet the negotiation precondition found in Article 84 of the Chicago Convention and in Article II, Section 2, of the IASTA. The Appellants argued that the ICAO Council erred in rejecting this objection to its jurisdiction, arguing that there must be “*at the very least [...] a genuine attempt by one of the disputing parties to engage in discussions with the other disputing party, with a view to resolving the dispute*” (I.C.J. Reports 2011 (I), p. 132, para. 157). They maintained that a genuine attempt to negotiate must be more than a general call for dialogue.

Qatar agreed that a negotiation precondition normally requires a potential applicant to make a genuine attempt to negotiate and that a negotiation precondition is not met until negotiations have become futile or deadlocked, but emphasized that no specific format or procedure is required for negotiations, which, it argues, can take place within the context of an international organization. Furthermore, Qatar maintained that it made a genuine attempt to negotiate and, since the Appellants displayed a complete unwillingness to negotiate, any further attempt to negotiate would have been futile.<sup>73</sup>

In its Judgment of both cases, the Court observed that:

- The reference in Article 84 of the Chicago Convention and in Article II, Section 2, of the IASTA to a disagreement that “*cannot be settled by negotiation*” is similar to the wording of the compromissory clauses of a number of other treaties.<sup>74</sup>
- The Court considers that both international instruments impose a precondition of negotiation that must be met in order to establish the ICAO Council’s jurisdiction.
- A genuine attempt to negotiate can be made outside of bilateral diplomacy.<sup>75</sup>
- The overtures that Qatar made within the framework of ICAO related directly to the subject-matter of the disagreement that was later the subject of its applications to the ICAO Council.
- The Court concludes that Qatar made a genuine attempt within ICAO to settle by negotiation its disagreement with the Appellants regarding the interpretation and application of Chicago Convention and the IASTA.

Also, the Court stated that a negotiation precondition was satisfied when the parties’ “*basic positions ha[d] not subsequently evolved*” after several exchanges of diplomatic correspondence and/or meetings,<sup>76</sup> and pointed out that in advance of the ICAO Council’s Extraordinary Session of July 31, 2017, the Appellants submitted a working

<sup>73</sup> Judgments, para. 77–86.

<sup>74</sup> Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (*Georgia v. Russian Federation*), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2011 (I), p. 128, para. 140, and Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (*Belgium v. Senegal*), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 445, para. 56).

<sup>75</sup> *Ibidem*.

<sup>76</sup> Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (*Belgium v. Senegal*), Judgment, I.C.J. Reports 2012 (II), p. 446, para. 59; see also Immunities and Criminal Proceedings (*Equatorial Guinea v. France*), Preliminary Objections, Judgment, I.C.J. Reports 2018 (I), p. 317, para. 76.

paper that urged the Council to limit any discussion to issues related to the safety of international aviation, which supported Qatar's assertion that the Appellants were unwilling to seek a resolution of the disagreement over the aviation restrictions within the ICAO Council.

For the reasons set forth above, the Court considered that the ICAO Council did not err in rejecting the contention advanced by the respondents before the Council that Qatar had failed to fulfil the negotiation precondition.

4) *The first ground of appeal: alleged manifest lack of due process in the procedure before the ICAO Council*

The Appellants argued that irregularities in the procedures that the ICAO Council followed in reaching the Decision prejudiced in a fundamental way the requirements of a just procedure, and they alleged a series of procedural violations, listed in the appeal. The Court observed that the alleged procedural irregularities did not prejudice in any fundamental way the requirements of a just procedure. The Court had no need to examine whether a decision of the ICAO Council that was legally correct should nonetheless be annulled because of procedural irregularities.

For the reasons set forth above, the Court concluded that the first ground of appeal cannot be upheld.

5) *Conclusion*

For all these reasons, THE COURT:

(1) Unanimously,

*Rejected* the appeal brought by the Kingdom of Bahrain, the Arab Republic of Egypt, the Kingdom of Saudi Arabia and the United Arab Emirates on July 4, 2018 from the Decision of the Council of the International Civil Aviation Organization, dated June 29, 2018.

*Rejected* the appeal brought by the Kingdom of Bahrain, the Arab Republic of Egypt and the United Arab Emirates on July 4, 2018 from the Decision of the Council of the International Civil Aviation Organization, dated June 29, 2018.

(2) By fifteen votes to one,

*Held* that the Council of the International Civil Aviation Organization has jurisdiction to entertain the application submitted to it by the Government of the State of Qatar on October 30, 2017 and that said application is admissible.

## **CHAPTER IV. FINAL EVALUATION and CONCLUSIONS**

As explained in this article, criticism of the real value of the adjudication process under Chapter XVIII of the Chicago Convention is not new, and some of those arguments seem to point out valid concerns. However, that does not mean the settlement of differences mechanism should be disregarded as an effective tool to resolve disputes between States and, much less, discarded. In fact, the reality is quite the contrary, as will be demonstrated below by assessing such main objections.

1. *Scarcity of cases submitted to ICAO*

Since the inception of ICAO and for over seventy years, only five cases<sup>77</sup> of disputes between Member States had been submitted for Council adjudication. However, in recent times the ICAO Council's intervention was requested in two new disputes (involving three different claims) between Member States.

Taking this into account, from a statistical point of view it could be surmised that in a period of less than one year, the number of disputes filed for adjudication increased significantly in a period of just one year.

However, it seems that is still too early to conclude that this can be interpreted as a reaffirmation of faith and trust of the international aeronautical community in the validity and strength of the ICAO system for the resolution of disputes between States. What it certainly can be affirmed is that the issuance of a death certificate for the Chapter XVIII advocated by some authors appears to be a touch hasty.

2. *Rules for the Settlement of Differences*

While the Rules for the Settlement of Differences appear to be rigid, there is one element of flexibility: the Council, subject to the agreement to the parties, may suspend or amend the Rules if in its opinion such act would lead to a more expeditious or effective disposition of the case.<sup>78</sup>

The current process of revision undertaken by the WG-RRSD addresses multiple issues related to the modernization of the Rules and looks for new and innovative mechanisms to facilitate the settlement of differences in a timely, expeditious and transparent fashion. The alignment with the new Rules of Procedure of the ICJ is a very important example of the initiatives, but just one of them, since the scope of the revision goes beyond that, taking into account the rules and procedures governing the settlement of differences in other international judicial and dispute settlement bodies.

All these reasons, plus the skills of the expert members the group, are sufficient to reassure the confidence of the international aviation community in the success of the work of the WG-RRSD in contributing to modernizing the ICAO Rules and overcoming the current difficulties they face.

3. *The peculiar nature of the Council*

As explained in this article, the first and foremost criticism of the ICAO mechanism for the settlement of differences between States is grounded on the "*political nature of the Council*".

It is this author's view that such an assertion cannot be construed as necessarily leading to the conclusion that this function should be transferred to a body of elected arbitrators or judges who would be able to act with "*due judicial detachment*" as suggested by some authors.<sup>79</sup>

First of all, in practice it is quite unlikely that States would be ready to submit their differences to any form of final adjudication on a compulsory basis. As explained by an author: "*However imperfect the current machinery may be, it is available to States and*

---

<sup>77</sup> See *supra*, note 23.

<sup>78</sup> Art. 32 of the Rules. See: M. MILDE, *International*, cit., p.199.

<sup>79</sup> See *supra*, note 40.

*its existence can act as a deterrent that it could be used with all the undesirable publicity and further inflame the adversarial attitudes — unless States use their best efforts to find a solution through their direct negotiations”.*<sup>80</sup>

More importantly, such criticism does not take into account the fact that the Council is, in fact, a rule-setting and a diplomatic and political body, *which has been entrusted by the Chicago Convention with dispute settlement functions.*

Under the Chicago Convention and the Rules of Procedure for the Settlement of Differences, the provisions permitting that the decisions of the Council can be appealed to the ICJ suggest that the Council in performing functions pertaining to the settlement of differences is *de facto* exercising judicial functions. Moreover, during the whole process the Council functions as a traditional judicial body: it may decide on the basis of written submission of the parties (memorials and counter-memorials), and on the basis of oral hearings,<sup>81</sup> and these judicial functions should be distinguished from the quasi-judicial functions under Articles 54 (subparagraphs *n*, *j* and *k*) of the Chicago Convention.

The ICJ decision (nearly identical, in this regard, to the 1972 decision in *Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council*) has an important effect on the construction of the dispute settlement function of ICAO, affirming that a particular body is entitled to examine ancillary matters that may lie outside its jurisdiction in order to determine whether jurisdiction is properly founded. Although the Court took care to observe that the Council’s dispute settlement function does not transform it “*into a judicial institution in the proper sense of that term*”,<sup>83</sup> the decision empowers non-judicial bodies, such as the ICAO Council, to engage in quasi-judicial dispute settlement. In that respect, the Judgment might lead to an increase in such proceedings, particularly if they are regarded by the parties as a more attractive alternative to the stricter jurisdictional requirements of international judicial bodies. What still remains open for discussion is the exact nature of such functions, that could be described as “*a sui generis judicial function*”. Point 2 in the analysis of the International Court of Justice of the second ground of appeal (“*Whether Qatar’s claims are inadmissible on grounds of ‘judicial propriety’*”) illustrates such complexity.<sup>84</sup>

As mentioned before in this article, the Court observed that it is difficult to apply the concept of “*judicial propriety*” to the ICAO Council, precisely due to its composition. The Council, said the Court, was given in Article 84 the function of settling disagreements between two or more contracting States relating to the interpretation or application of the Convention and its Annexes. This, however, does not transform the ICAO Council into a judicial institution in the proper sense of that term.

The separate opinions of Judge Gevorian and Judge *ad hoc* Berman elaborate deeper in this matter. Judge Gevorian holds that nothing like a doctrine of “*judicial propriety*” can properly be applied to the ICAO Council, since the Council is a body of a primarily technical and administrative nature, whose members act as representatives of their Governments and need not be well-versed in international law, and whose dispute settlement mandate is narrowly limited to the interpretation and application of the ICAO treaties. The basic principle remains that States should be subjected to the jurisdiction of

<sup>80</sup> M. MILDE, *International*, cit., p.205.

<sup>81</sup> L. WEBER, *International and EU Aviation Law. Selected Issues*, The Netherlands, 2011, p. 99.

<sup>82</sup> *Ibidem*, p. 101.

<sup>83</sup> *Judgments*, para. 60.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

the Council only to the extent they have consented to it, and this is applicable with even greater force to an institution like the ICAO Council, given its narrow mandate.<sup>85</sup> The aforementioned conclusions do not hinder any initiative that could improve and facilitate the exercise of the Council's judicial functions, such as, e.g., the use of the advice of an independent group of legal experts. Once more, all efforts to revitalize the procedures and making the work of the Council in such capacity more efficient, like the one undertaken by the WG-RRSD, must be enthusiastically welcome, but substantive changes to the text of the Chicago Convention to achieve such goals do not appear to be urgent (or necessary).

#### 4. *Lack of results*

It is a fact that, so far, in none of the cases submitted to the Council for adjudication did that body issue a formal decision on the merits of the case. To this author's understanding, by no means that can be construed as a failure by the Council in exercising the settlement of disputes functions entrusted to it. That might be asserted should the abovementioned outcome be achieved contrary to the Council's desires or interests. However, it is actually the contrary.

Although ICAO has been given comprehensive adjudicatory powers by virtue of the Chicago Convention, and wide-ranging arbitral powers under a plethora of bilateral air transport agreements, it has exhibited no enthusiasm for exercising either, preferring instead to use its good offices to bring the parties to a resolution of the dispute.<sup>86</sup> In each of the five cases filed between 1952 and 2000, delay in the proceedings and/or ICAO's role in conciliation and mediation has enabled the parties to resolve the controversy. The 1957 Rules suggest a preference for consultations and negotiations rather than adjudication and sanctions. Mediation, conciliation, and the prudent use of good offices are sometimes the more efficient and effective means of conflict resolution, and the ones preferred by ICAO itself.<sup>87</sup>

In every case submitted to its consideration, the Council endeavored—and strove—to put in motion its best offices to make possible for the parties to reach a consensual solution. From this point of view, it can be undoubtedly affirmed that ICAO has achieved an impressive record, facilitating via its own active participation, either an amicable solution via agreement between the concerned States or a per se deactivation of all the conflicts.

Moreover, the existence of the Chapter XVIII dispute settlement machinery may itself encourage nations to resolve their disputes amicably.<sup>88</sup> It undoubtedly gives the Council additional leverage in its efforts at mediation and conciliation.<sup>89</sup> Moreover, some commentators are of the view that the ICAO's dispute resolution mechanism ought to be expanded and employed to deal with problems of economic discrimination in international aviation, despite ICAO's shortcomings: “[...] it is not quite understandable why States have not approached the ICAO concerning some

---

<sup>85</sup> Separate Opinion of Judge Gevorian, paragraphs 10–12. Similarly: Separate Opinion of Judge *ad hoc* Berman, *passim*.

<sup>86</sup> B. CHENG, *The Law of International*, cit., p. 460.

<sup>87</sup> M. MILDE, *Dispute Settlement in the Framework of the International Civil Aviation Organization (ICAO), in Settlement of Space Law Disputes*, 1979, p. 87 ff., esp. p. 94.

<sup>88</sup> *Ibidem*.

<sup>89</sup> R. GARIEPY, D. BOTSFORD, *The Effectiveness of the International Civil Aviation's Adjudication Machinery*, in 42 J. AIR L. & COM., 1976, p. 351 ff., esp. p. 361-62.

*discriminatory practices, such as complaints over landing fees, given the clear mandate of Article 15 of the Convention. By precedent setting decision making, the ICAO Council could achieve more significant progress towards an orderly flow of international air transport commerce than is possible in isolated bilateral contexts through unilateral national protective measures.”<sup>90</sup>*

It comes as no wonder to this author that ICAO has been characterized as “among the most quietly effective international organizations”<sup>91</sup>, the Settlement of Differences functions of Chapter XVIII of the Chicago Convention being one of the several ingredients responsible for that success, and nothing indicates that a change should be introduced in this respect.

---

<sup>90</sup> J. GERTLER, *Nationality of Airlines: A Hidden Force in the International Air Regulation Equation*, in 48 J. AIR L. & COM., 1982, p. 51 ff., esp. p. 83-84.

<sup>91</sup> D. MARCELLA, *Passport to Justice: Internationalizing the Political Question Doctrine for Application in the World Court*, in 40 HARV. INT'L L.J., 1999, p. 81 ff., esp. p. 120.

*Articoli e Saggi*

**La tutela del diritto fondamentale alla mobilità e le esigenze di contenimento della spesa pubblica tra fallimenti della globalizzazione (e del mercato) e “ritorno alla sovranità”\***

**Francesco Gaspari**

*Associato di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Roma “G. Marconi”*

---

**Abstract**

*The protection of the fundamental right of mobility and the need to reduce public spending between globalization and (market) failures and the “return of sovereignty”.*

*A number of studies and multilevel political agendas foster the idea that mobility should be deemed as a type of service (i.e., the so called Mobility as a Service – MaaS approach) to be provided on the market, like any other type of service or consumer good. However, according to other views, mobility represents a social right, which, similarly to other social rights, shall be deemed “financially conditioned” by budget availability (in line with Article 81 of the Italian Constitution).*

*The paper aims at reviewing this approach, by providing an alternative perspective, focused specifically on the new relationship emerging between local territories and local communities and the concept of mobility as freedom of movement itself.*

*Through this innovative perspective, I will argue that a territory, any territory, which is deemed a social (or intermediate) body, pursuant to article 2 of the Italian Constitution, generates both active and passive subjective legal statuses, which belong to local citizens. The right of mobility can be included amongst those legal positions and must be considered as a fundamental right of a social nature, thus requiring protection. I will further argue that protecting the right of mobility implies respect for human dignity, which is a non-negotiable principle, to be considered as a principle standing above and beyond constitutional rights, which are by their very nature not capable of being balanced with other principles.*

*Key words: Mobility, Mobility as a Service, fundamental rights, social rights, public spending, local territories, local communities, sovereignty, market failures*

---

**Sommario** — 1. Territorio, nuova cittadinanza amministrativa e tutela dei diritti fondamentali — 2. Fallimenti della globalizzazione e “ritorno alla sovranità” — 3. Una “nuova questione urbana” — 4. Territorio e nuove situazioni giuridiche soggettive — 5.

---

\* Sottoposto a referaggio.

Il diritto alla mobilità come valore supercostituzionale — 6. Il soddisfacimento del diritto alla mobilità e le esigenze di contenimento della spesa pubblica: un bilanciamento “ineguale”

### 1. Territorio, nuova cittadinanza amministrativa e tutela dei diritti fondamentali

In tempi recenti, il territorio e le aree urbane (specialmente le città) hanno suscitato un nuovo e crescente interesse di istituzioni, *stakeholder* e studiosi appartenenti a diverse discipline scientifiche. Tale interesse trova molteplici giustificazioni. Per le istituzioni, il fatto di poter contare, ad esempio, sui c.d. “cittadini attivi” (*mulieractiva*<sup>1</sup>) nelle politiche di rigenerazione dei territori<sup>2</sup> significa primariamente un risparmio di spesa, giacché il perseguimento di fini istituzionali viene, di fatto, esternalizzato a terzi (i cittadini attivi, appunto) previa presentazione, da parte di questi ultimi, di specifici progetti; progetti spesso finanziati completamente con risorse esterne (provenienti cioè da soggetti privati e operatori economici, come proprietari singoli o associati, imprese private, società partecipate e concessionari pubblici) all’ente pubblico (ad es., il comune)<sup>3</sup>. Per gli *stakeholder*, invece, le città sono semplicemente viste come nuovi mercati. Per gli studiosi, gli interessi sono diversi. Per i giuristi (pubblicisti, in particolare), sono stati avviati nuovi filoni di ricerca, fino ad arrivare a configurare un vero e proprio diritto alla città, visto come una nuova frontiera del diritto amministrativo<sup>5</sup>.

Tali interessi si sono moltiplicati con l’emergere di una nuova idea di città – la *smart city*<sup>6</sup> –, che rappresenta allo stato attuale un nuovo paradigma di sviluppo delle aree urbane, una visione della città largamente condivisa su scala globale<sup>7</sup>. Tale concetto,

---

<sup>1</sup> Un agente economico “il cui comportamento è guidato anche da un senso di responsabilità e impegno verso la comunità che lo porterebbe quindi a porsi in relazione con gli altri per prendersi cura dell’interesse generale”: C. IAIONE, *Sharing economy e diritto dell’innovazione. Il caso della mobilità urbana*, in *Mumus*, n. 1, 2019, p. 187 ss., spec. p. 195-196; ID., *Economia e diritto dei beni comuni. Dall’*homo oeconomicus* alla *mulier activa**, in *Labsus*, 28 giugno 2011, consultabile alla pagina web <https://www.labsus.org/2011/06/economia-e-diritto-dei-beni-comuni/>.

<sup>2</sup> Sul ruolo della rigenerazione urbana come “innovativa modalità di governo del territorio” avente come oggetto di intervento “non solo le aree periferiche o fisicamente degradate, ma anche quelle caratterizzate da servizi di bassa qualità, da degrado sociale, da disagio economico, deficit culturale, le aree incompiute, quelle in cui si concentra la parte più debole della popolazione” si veda G. GARDINI, *Alla ricerca della “città giusta”. La rigenerazione come metodo di pianificazione urbana*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2020, p. 44 ss., spec. p. 70. Parte della dottrina (R. DI PACE, *Le politiche di rigenerazione dei territori tra interventi legislativi e pratiche locali*, in *Ist. fed.*, n. 3, 2017, p. 625 ss., spec. p. 631 ss.) propone la distinzione tra *micro* e *macrorigenerazione*. Secondo tale ricostruzione, la macrorigenerazione opera dall’alto, mentre la microrigenerazione è frutto della collaborazione fra la pubblica amministrazione e cittadini, che si sostanzia in forme di rigenerazione dal basso e ricorre a modelli di amministrazione condivisa o di città collaborativa o co-città. In argomento, la letteratura è ormai notevole. Sulla co-città si veda la recente opera di P. CHIRULLI, C. IAIONE (a cura di), *La co-città. Diritto urbano e politiche pubbliche per i beni comuni e la rigenerazione urbana*, Napoli, 2018.

<sup>3</sup> Cfr., in merito, G. GARDINI, *Alla ricerca della “città giusta”*, cit., p. 68.

<sup>4</sup> J.-B. AUBY, *Droit de la Ville. Du fonctionnement juridique des villes au droit à la Ville*, Parigi, 2013.

<sup>5</sup> J.-B. AUBY, *Per lo studio del diritto delle città*, in G. DELLA CANANEA, C. FRANCHINI (a cura di), *Il diritto che cambia*, Liber amicorum Mario Pilade Chiti, Napoli, 2016, p. 205 ss.

<sup>6</sup> L’espressione è di G.F. FERRARI, *L’idea di smart city*, nel volume curato dal medesimo autore, *La prossima città*, Milano, 2017, p. 9 ss.

<sup>7</sup> S. BOLOGNINI, *Dalla “smart city” alla “human smart city” e oltre*, Milano, 2017, p. 1

atecnico (nel senso che non appartiene, per elezione, ad alcuna specifica scienza) e indefinito, proprio in quanto tale, si presta ad essere utilizzato in ogni sede (politica, istituzionale, economica, giuridica, ecc.), pur avendo come minimo comun denominatore (o come sfondo) l'elemento dello sviluppo tecnologico su scala urbana.

Ecco perché altrove<sup>8</sup> abbiamo cercato di inquadrare il fenomeno definendolo in modo più preciso e sistematico, mettendo in evidenza come l'obiettivo principale e prioritario di questa idea di città sia quello di rendere possibile l'aumento della qualità della vita, riconoscendo ai cittadini nuovi diritti (ma anche nuovi doveri), nell'ambito di quella che abbiamo configurato come *nuova cittadinanza amministrativa*, considerata come *"appartenenza ad una comunità territoriale"*<sup>9</sup>.

Così intesa, la cittadinanza non si riferisce (più)soltanto alla titolarità di diritti di tipo politico, ma (anche) *"alla titolarità di una serie di posizioni che sono variamente riconducibili all'individuo per il fatto di essere abitante di una determinata realtà"*<sup>10</sup>.

Proprio la titolarità di quelle *posizioni*, strettamente collegate alla città o alla comunità territoriale di riferimento del cittadino, rende possibile la soddisfazione del diritto alla qualità della vita (e quello alla mobilità). Il territorio<sup>11</sup> diventa, così, strumentale e necessario per la realizzazione dei diritti collegati alla città o comunità in questione<sup>12</sup>.

Sotto tale prospettiva, felice è l'intuizione della dottrina<sup>13</sup> che parla di *"rapporto di funzionalità necessaria tra coesione, sostenibilità, sviluppo dei territori e principi di democrazia e dello stato di diritto"*, rapporto che incide *"sulla stessa garanzia dei diritti fondamentali degli individui che insistono sui territori"*.

La stessa articolazione territoriale del potere politico è espressione essenziale del principio democratico<sup>14</sup> e, al tempo stesso, una condizione di tutela e di promozione dei diritti fondamentali<sup>15</sup>.

---

<sup>8</sup> F. GASPARI, *Smart city, agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Napoli, 2018, *passim*.

<sup>9</sup> R. CAVALLO PERIN, *La configurazione della cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2004, p. 201 ss., spec. p. 204; ID., *L'ossimoro della locuzione "cittadinanza globale"*, in *Dir. amm.*, n. 1, 2005, p. 211 ss., spec. par. 3; ID., *Proprietà pubblica e uso comune dei beni tra diritti di libertà e doveri di solidarietà*, in V. FANTI (a cura di), *Diritto e processo amministrativo. Giornate di studio in onore di Enrico Follieri*, I, Napoli, 2019, p. 309 ss., spec. p. 312-313. Sia consentito inoltre rinviare al nostro *Smart city e cittadinanza amministrativa*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Milano-Udine, 2020, p. 345 ss.

<sup>10</sup> C.E. GALLO, *La pluralità delle cittadinanze e la cittadinanza amministrativa*, in *Dir. amm.*, n. 3, 2002, p. 481 ss., spec. p. 482.

<sup>11</sup> Il territorio è inteso *"sia come luogo sul quale insiste e converge la maggior parte delle attività umane a valenza economica e, dunque, come oggetto di studi posti al crocevia della pianificazione urbanistica e delle sue capacità di corrispondere adeguatamente al farsi delle dinamiche socio-economiche; sia come depositario di caratteri distintivi che chiedono di non essere schiacciati e cancellati da una disciplina uniforme, quando una simile uniformità non sia giustificata dal rispetto dei principi fondamentali e indivisibili del sistema, ma risulti coerente soltanto a un obiettivo di semplificazione"*: R. DIPACE, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, *Coesione, sostenibilità e sviluppo territoriale: valorizzazione delle aree interne e prospettiva macroregionale*, in G. COLOMBINI, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità, finanziamenti*, II, Napoli, 2019, p. 1087 ss., spec. p. 1089-1090 e bibliografia ivi richiamata.

<sup>12</sup> Cfr. C. BENETAZZO, *Le Province a cinque anni dalla legge "Delrio": profili partecipativi e funzionali-organizzativi*, in *Federalismi.it*, n. 5, 2019; M.G. DELLA SCALA, *Lo sviluppo urbano sostenibile e gli strumenti del governo territoriale tra prospettive di coesione e tutela dei diritti fondamentali*, in *Dir. amm.*, n. 4, 2018, p. 787 ss.

<sup>13</sup> R. DIPACE, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, *Coesione, sostenibilità e sviluppo territoriale*, cit., p. 1089.

<sup>14</sup> Cfr. P. URBANI, *La riforma del governo locale: dalle funzioni al governo degli interessi locali*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 3, 2016, p. 837 ss., spec. p. 840, il quale rileva che *"storicamente l'esistenza delle*

## 2. Fallimenti della globalizzazione e “ritorno alla sovranità”

Nell’ottica di un “ritorno alla sovranità”<sup>16</sup>, lo Stato e i pubblici poteri sono chiamati a “tracciare e stabilire confini”, che peraltro, “servono non già a “bloccare” processi o a rivendicare nazionalismi, ma a proteggere i cittadini e le loro vite”<sup>17</sup>. E qui, si badi, non è questione di sovranismo o anti-europeismo, ma di “ragionevolezza, realismo e deferenza per le tradizioni del costituzionalismo”<sup>18</sup>. Ritorno alla sovranità che non va neppure considerato come “retrotopia”<sup>19</sup>, ma come necessità che nasce dai fallimenti della globalizzazione (e della relativa *cyber citizenship*); da qui il carattere “reale” della cittadinanza, da ripristinare e da “restituire” ai cittadini attraverso il territorio, configurato questo come formazione sociale *ex art. 2 Cost.*, che genera situazioni giuridiche soggettive (attive e passive) di cui sono titolari gli abitanti delle medesime collettività territoriali. Tra dette situazioni si colloca la mobilità, configurata come diritto fondamentale.

## 3. Una “nuova questione urbana”

L’obiettivo che ci siamo posti trae origine dalla constatazione della difficile situazione in cui versano le aree urbane e le città, che si manifesta in tutta la sua evidenza nelle prime due decadi del XXI secolo, già gravemente segnate da due gravi eventi di portata bellica (crisi finanziaria del 2008 e COVID-19 in corso)<sup>20</sup>, le cui ripercussioni sono destinate a durare nel tempo.

Molteplici sono i fattori che incidono negativamente, impedendolo di fatto, sull’aumento generalizzato della qualità della vita, anche in ambito urbano.

In primo luogo, il progressivo aumento demografico all’interno delle città (con conseguente spopolamento delle aree interne).

---

*amministrazioni locali si giustifica in primo luogo per soddisfare le esigenze di sviluppo economico e sociale delle comunità rappresentate, migliorare [...] luoghi di vita e di lavoro, realizzare un assetto condiviso delle condizioni di sostenibilità dei propri territori [...]”.* Sul collegamento fra vincolo politico e comunanza di interessi materiali e sull’alternativa fra mercato e Stato sociale come strategie per raggiungere tale comunanza veda M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant’anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2016, p. 3 ss. e *passim*.

<sup>15</sup> Cfr., in merito, A. RUGGERI, *Regioni e diritti fondamentali*, in *Giur. it.*, n. 6, 2011, p. 1461 ss.; ID., *Unità-indivisibilità dell’ordinamento, autonomia regionale, tutela dei diritti fondamentali*, in *Consulta OnLine*, 26 aprile 2011; ID., *L’autonomia regionale (profili generali)*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2011.

<sup>16</sup> L’espressione appartiene a F. FRACCHIA, *Coronavirus, senso del limite, deglobalizzazione e diritto amministrativo*, cit., p. 580.

<sup>17</sup> Così ancora F. FRACCHIA, *Coronavirus*, cit., p. 580.

<sup>18</sup> M. LUCIANI, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell’integrazione europea*, in *Astrid on line*, 9 dicembre 2009, relazione al Seminario di Astrid su *La sentenza del Bundesverfassungsgericht sulla costituzionalità del Trattato di Lisbona e i suoi effetti sulla costruzione dell’Unione europea*, svoltosi a Roma il 21 settembre 2009, p. 21 ss., spec. p. 22.

<sup>19</sup> Neologismo creato dal sociologo polacco Z. BAUMAN, *Retrotopia*, Roma-Bari, 2017. La retrotopia è un’utopia rivolta all’indietro, che ci porta a collocare nel tempo passato (e non più nel futuro o in un luogo leggendario) l’immaginazione di una società migliore.

<sup>20</sup> Traccia un parallelo tra guerra e diffusione del coronavirus F. FRACCHIA, *Coronavirus*, cit., p. 577 ss.

Il Parlamento europeo e la Commissione rilevano come metà della popolazione mondiale e il 75% della popolazione europea viva in aree urbane e si stima che entro il 2050 quasi l'80% della popolazione mondiale risiederà in aree urbane<sup>21</sup>.

Una recente Mozione della Camera dei Deputati<sup>22</sup> mette in evidenza che in Italia dal 1948 al 2000 si è assistito ad una urbanizzazione cresciuta del 400%, mentre la popolazione è cresciuta solo del 27%.

Inoltre, se allo stato non è ancora chiaro (*recte*: scientificamente dimostrato) se – ed eventualmente in quale misura – l'insorgenza di epidemie o pandemie (come il Covid-19) sia direttamente correlato all'inquinamento dei nostri territori, è indubbio che una massiccia urbanizzazione, come quella in atto, favorisca la rapida diffusione di virus, rendendo complessa la gestione delle epidemie o pandemie, soprattutto in zone territoriali ad alta urbanizzazione.

La crescente concentrazione demografica produce inoltre una concentrazione di ricchezza cui si accompagna una crescita di diseguaglianze ed un aumento della povertà all'interno delle aree urbane<sup>24</sup>.

Su tale nuova concezione della sostenibilità urbana che mira alla qualità della vita delle persone si fonda anche la recente giurisprudenza costituzionale<sup>25</sup>, la quale supera l'idea della pianificazione come mera conformazione dei regimi proprietari del suolo, per ricomprendervi anche la tutela di valori ambientali, della salute, il perseguimento di finalità socio-economiche, il benessere complessivo della comunità residente sul territorio<sup>26</sup>.

Un altro fattore che incide in modo significativo sulla crescita delle diseguaglianze urbane e sulla emersione di nuove periferie sociali<sup>27</sup> è il trasporto pubblico locale, “una delle più grandi e insolite questioni nazionali”<sup>28</sup> ed anche sovranazionali (Unione europea)<sup>29</sup>.

---

<sup>21</sup> Risoluzione del Parlamento europeo del 9 settembre 2015, recante *La dimensione urbana delle politiche dell'UE, Considerando A*); Comunicazione della Commissione, *Un pianeta pulito per tutti. Visione strategica europea a lungo termine per un'economia prospera, moderna, competitiva e climaticamente neutra*, COM(2018) 773, 28 novembre 2018, par. 3, p. 12.

<sup>22</sup> Concernente iniziative in materia di politiche urbane e riqualificazione delle periferie, allegata all'ordine del giorno della seduta n. 208 di lunedì 15 luglio 2019.

<sup>23</sup> Si pone l'interrogativo del rapporto tra diffusione del coronavirus e inquinamento dei nostri territori F. FRACCHIA, *Coronavirus*, cit., p. 584.

<sup>24</sup> E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza, città e periferie sociali: la prospettiva costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2020, *passim*.

<sup>25</sup> Corte cost., 9 marzo 2020, n. 70.

<sup>26</sup> Cfr., sul punto, G. GARDINI, *Alla ricerca della “città giusta”*, cit., p. 86 ss., spec. p. 89.

<sup>27</sup> Per un esame approfondito del termine “periferia” si veda E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza*, cit., p. 21.

<sup>28</sup> A. CANDIDO, *Verso quale trasporto pubblico locale? Il diritto sociale alla mobilità*, in *Federalismi.it*, n. 23, 2016, p. 2-3.

<sup>29</sup> L'importanza di completare lo spazio unico europeo dei trasporti previsto dal Libro bianco dei trasporti del 2011 (COM(2011) 144 definitivo, 28 marzo 2011, recante *Libro bianco – Tabella di marcia verso uno spazio unico europeo dei trasporti – Per una politica dei trasporti competitiva e sostenibile*) come fattore cruciale per garantire che il sistema dei trasporti sia realmente resiliente alle crisi future è messo in evidenza dalla recente Strategia per la mobilità sostenibile dell'Unione: Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, *Strategia per una mobilità sostenibile e intelligente: mettere i trasporti europei sulla buona strada per il futuro*, COM(2020) 789 final, 9 dicembre 2020, laddove si afferma che “Per l'UE resta di importanza strategica promuovere la coesione, ridurre le disparità regionali e migliorare la connettività e l'accesso al mercato interno per tutte le regioni” (parte 1, punto 5. Si veda anche parte 4, punto 73). Va precisato che con la parola “resilienza” si fa generalmente riferimento a due principali nozioni: l'idea della resilienza come principio o valore della condotta umana (del singolo o dei gruppi

La scarsa (*recte*: pressoché assente) attenzione verso le zone periferiche nei piani di mobilità urbana di molte città dell'Unione è stata rilevata anche in una recente relazione della Corte dei conti europea, laddove si mette in evidenza come l'integrazione delle zone ubicate attorno alle città dovrebbe tener conto dei diversi modi di trasporto e dei collegamenti con la pianificazione urbanistica affinché la mobilità urbana possa dirsi sostenibile<sup>30</sup>. Ancor più grave è la situazione nell'area Sud e nelle Isole, dove si *"registra un considerevole svantaggio rispetto alle altre"*<sup>31</sup>.

Da questi ed altri dati – messi ben in evidenza nella citata Mozione – emerge una *"nuova questione urbana"*, la quale *"si configura come un vero e proprio transito da una civiltà urbana ad un'altra il cui destino è tutto da scrivere e che, seppure con caratteristiche specifiche e scale dimensionali diverse e spesso assai distanti, caratterizza l'intero pianeta"*.

In un tale scenario, le città e le comunità territoriali vengono ad assumere un nuovo ruolo, sulla base dei principi di sussidiarietà verticale e di differenziazione, in particolare.

Le amministrazioni locali (e regionali) sono dunque chiamate a svolgere un ruolo fondamentale per affrontare le nuove sfide della mobilità urbana e per l'attuazione delle politiche urbane interne<sup>32</sup> ed eurounitarie (come l'Agenda urbana europea 2030)<sup>33</sup>, nell'ambito delle quali dovranno svilupparsi le città e le comunità intelligenti.

#### 4. Territorio e nuove situazioni giuridiche soggettive

Dalla *nuova questione urbana* emergono molteplici problematiche, molte delle quali legate, come detto, alla massiccia urbanizzazione del territorio e a tutte le conseguenze che ciò produce sul piano sociale. Da qui la necessità di pensare a nuovi approcci regolatori, nel passaggio a quella nuova *civiltà urbana* a cui fa riferimento la citata Mozione del Parlamento italiano; approcci che implicano innanzi tutto di ripensare il rapporto tra uomo e ambiente, e non continuare ad aggredire la natura, che è molto più

---

sociali) e l'idea di resilienza come metodo di azione, regola di condotta, regola nelle relazioni organizzative: così A. POLICE, *Resilienza amministrativa e gestione dei rischi*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, cit., p. 65 ss., spec. p. 66, il quale peraltro afferma che la resilienza non sia un principio (così invece nella vulgata comune e nella citata Strategia della Commissione), ma *"debba essere individuata esattamente come metodo quindi come relazione organizzativa o come regola di esercizio dell'azione amministrativa"* ed *"è il modo di rendere attuale il principio del buon andamento o la concretizzazione di un principio di adeguatezza e proporzionalità"* (ivi, p. 68). La portata della resilienza come obiettivo del nuovo sistema dei trasporti dell'Unione va, pertanto, ridimensionata.

<sup>30</sup> Corte dei conti europea, Sez. II, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE: senza l'impegno degli Stati membri non potranno essere apportati miglioramenti sostanziali*, Relazione speciale, 5 febbraio 2020, p. 38.

<sup>31</sup> Camera dei Deputati, *I servizi pubblici locali*, a cura del Servizio studi – Dipartimento finanze, dossier n. 100, 21 febbraio 2020, p. 17.

<sup>32</sup> Come rileva C. TUBERTINI, *Le Regioni e le politiche di riordino territoriale locale: Province e Città Metropolitane*, in *Astrid Rassegna*, n. 19, 2015, p. 18, *"in un contesto normativo che tendeva a ridimensionarne il ruolo, le Regioni hanno finito per essere uno dei punti di riferimento dal quale dipenderà la sorte del successo o del fallimento del processo di riforma degli enti di area vasta"*.

<sup>33</sup> Come mette in evidenza F. GIGLIONI, *Le città e l'inquinamento atmosferico nel diritto europeo*, in *Gior. dir. amm.*, n. 4, 2019, p. 447 ss., spec. p. 454, con l'Agenda urbana per l'Unione europea, pur non esente da lentezze e contraddizioni, *"si sta rafforzando la costruzione di una rete multilivello di autorità di governo per il coordinamento e la buona gestione delle politiche urbane di interesse europeo, in cui sono stati individuati alcuni specifici obiettivi e strumenti idonei per il loro conseguimento"*.

### 5. Il diritto alla mobilità come valore supercostituzionale

L'attuazione del diritto alla mobilità implica significativi investimenti, soprattutto di carattere infrastrutturale<sup>42</sup>, ma non solo<sup>43</sup>.

Il profilo delle coperture finanziarie non può (e non deve) costituire un impedimento alla soddisfazione dei diritti fondamentali. Il diritto alla mobilità sembra configurarsi come diritto sociale fondamentale – in quanto integra il più generale valore connesso al “diritto” di vivere una vita degna dell'uomo<sup>44</sup>– e non come mero diritto sociale (o come diritto finanziariamente condizionato<sup>45</sup>), che soffre di una “condizione di minorità” rispetto al principio di libertà<sup>46</sup>. Così inteso, il diritto alla mobilità di fatto finirebbe con il coincidere con un interesse legittimo pretensivo<sup>47</sup>, cedevole in mancanza di risorse economiche e, dunque, destinato a soccombere di fronte alle esigenze di bilancio *ex art.* 81, comma 1 Cost.<sup>48</sup>. Al contrario, il diritto alla mobilità – alla stregua di altri diritti

---

<sup>42</sup> Cfr. E. TURCO BULGHERINI, M.M. COMENALE PINTO, *Trasporti e intermodalità*, in G. COLOMBINI, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto e sistemi di regolazione e gestione. Coesione, sostenibilità, finanziamenti*, I, Napoli, 2019, p. 3 ss., spec. p. 8; R. DIPACE, *Le reti di trasporto fra disciplina europea e nazionale per la realizzazione di una mobilità sostenibile*, in G. COLOMBINI, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto*, I, cit., p. 31 ss., nonché p. 52 ss. La necessità di ammodernare le attuali infrastrutture (specie quelle ad alto rischio), viste come “priorità per gli investimenti infrastrutturali”, costituisce oggetto di una specifica Iniziativa faro (la decima) di cui alla Strategia per la mobilità sostenibile adottata dalla Commissione europea nel dicembre 2020: Commissione, COM(2020) 789, cit., spec. parte 4, punto 100. In una recente relazione speciale della Corte dei conti europea, pubblicata il 16 giugno 2020, recante *EU transport infrastructures: more speed needed in mega project implementation to deliver network effects on time*, si mette in evidenza come sia necessario velocizzare la realizzazione e poi l'implementazione delle infrastrutture chiave dei trasporti nell'Unione, che molto difficilmente saranno operative entro il 2030, come originariamente programmato, rinviando così il completamento della rete TEN-T.

<sup>43</sup> Cfr. il Piano Strategico Nazionale della Mobilità Sostenibile (PSNMS), predisposto ai sensi dell'art. 1, comma 613 della legge 11 dicembre 2016, n. 232 (legge di bilancio 2017), e adottato con DPCM 30 aprile 2019, destinato, tra l'altro, al rinnovo del parco degli autobus dei servizi di trasporto pubblico locale e regionale. Per un esame generale del sistema di finanziamento pubblico delle politiche in materia di trasporto si veda W. GIULIETTI, *Finanziamento pubblico nel settore dei trasporti*, in G. COLOMBINI, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto*, I, cit., p. 73 ss. Sui finanziamenti dell'Unione in materia di mobilità sostenibile si veda Corte dei conti europea, *Mobilità urbana sostenibile nell'UE*, cit., *passim*. Tra i diversi costi, nella relazione in parola si menzionano quelli relativi all'acquisto di nuovi veicoli (autobus pubblici) (ivi, p. 28, spec. punto 45, laddove si esaminano i casi delle città di Palermo e di Napoli). Inoltre, sul finanziamento al trasporto pubblico locale si veda Camera dei Deputati, *I servizi pubblici locali*, cit., p. 16 ss.

<sup>44</sup> Cfr. A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, XII, Roma, 1989, p. 24.

<sup>45</sup> Sulla categoria dei diritti sociali condizionati si veda A. BALDASSARRE, voce *Diritti sociali*, cit., p. 28 ss.

<sup>46</sup> Cfr., in merito, M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazzotti di Celso*, II, Padova, 1995, p. 97 ss., spec. p. 101, il quale correttamente rileva come anche i diritti di libertà (e non solo quelli sociali) hanno un costo (ivi, p. 121); ID., *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche*, cit., p. 6-7.

<sup>47</sup> Secondo la tesi di Livio Paladin e prima ancora di Fabio Merusi, su cui si veda E. PICOZZA, *Il ruolo strategico della infrastruttura dei trasporti*, in G. COLOMBINI, M. D'ORSOGNA, L. GIANI, A. POLICE (a cura di), *Infrastrutture di trasporto*, I, cit., p. 97 ss., spec. p. 100.

<sup>48</sup> La giurisprudenza costituzionale si è più volte pronunciata sui diritti sociali come *diritti finanziariamente condizionati*. Tra le più recenti si veda Corte cost., sentenza 23 luglio 2015, n. 178; Corte cost., sentenza 21 luglio 2016, n. 203, spec. punto 6.2 del *Considerato in diritto*. Analogo orientamento si registra nella giurisprudenza amministrativa. Si veda, tra le più recenti, Cons. Stato, Ad. Plen., sentenza 12 aprile 2012, nn. 3 e 4. In dottrina, si veda M. DE ZIO, *La tutela dei “diritti finanziariamente condizionati” nella prospettiva costituzionale, europea ed internazionale*, in *Annali (Università degli Studi del Molise)*, Napoli, 1999, p. 485 ss.; E. PICOZZA, *Il ruolo strategico*, cit., p. 100.

sociali fondamentali, come la salute – va tutelato e garantito nel rispetto di quel principio-valore indisponibile che è la dignità, da vedere come valore *supercostituzionale*<sup>49</sup>, non suscettibile di bilanciamento con altri valori<sup>50</sup>. Infatti, come è stato autorevolmente rilevato, la dignità umana non è “*suscettibile di riduzioni per effetto di un bilanciamento. Essa non è effetto di un bilanciamento, ma è la bilancia medesima*”<sup>51</sup>. Ragionare diversamente significherebbe ritenere violato l’art. 81 Cost.; ma questa sarebbe “*una visione non corretta del concetto di equilibrio del bilancio*”, essendo “*la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l’equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*”<sup>52</sup>.

L’equilibrio di bilancio introdotto nella Carta costituzionale non esclude, anzi impone alla Corte costituzionale di tutelare il nostro ordine costituzionale sulla base della teoria dei controlimiti a garanzia dei diritti fondamentali riconosciuti dalla nostra Costituzione contro qualsiasi disposizione giuridica straniera, euronitaria, anche costituzionalizzata come è quella di cui al primo comma dell’art. 81 della Costituzione<sup>53</sup>.

Il diritto alla mobilità è una situazione giuridica soggettiva complessa, parte integrante della nuova cittadinanza amministrativa. Si tratta di un diritto funzionale allo sviluppo della persona “*costituzionalizzata*” e all’eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2 Cost.). Eguaglianza sostanziale da intendere come “*principio primo costituzionale*”<sup>54</sup>, nonché come strumento per la “*realizzazione personale*” e per “*l’emancipazione di sé*”<sup>55</sup>.

In tale prospettiva, è la “*Repubblica*”<sup>56</sup> che deve (in positivo)<sup>57</sup> “*rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale*”<sup>58</sup> (tra i quali si annoverano le diverse condizioni di

<sup>49</sup> Così A. RUGGERI, A. SPADARO, *Dignità dell’uomo e giurisprudenza costituzionale (prime notazioni)*, in *Pol. dir.*, n. 3, 1991, p. 343 ss.; A. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell’uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2011, secondo cui la dignità è un diritto “*superfondamentale*” in quanto si pone a fondamento degli altri. Secondo tale teorica, la dignità è un diritto fondamentale e, al tempo stesso, “*il fondamento dei diritti fondamentali, di tutti i diritti fondamentali*” (ivi, p. 3); C. DRIGO, *La dignità umana quale valore (super)costituzionale*, in L. MEZZETTI (a cura di), *Principi costituzionali*, Torino, 2011, p. 239 ss.; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, in *associazioneidecostituzionalisti.it*, 14 marzo 2008.

<sup>50</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 6 maggio 2015, n. 70, laddove la Corte non prevede alcun temperamento degli effetti economici derivanti dalla pronuncia (relativa alla c.d. legge Fornero); Corte cost., sentenza 16 dicembre 2016, n. 275.

<sup>51</sup> Così G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale*, cit., par. 2, il quale aggiunge che – argomentando dall’art. 52 Cost. – “[*se si toglie la dignità ad una persona si infligge alla stessa una pena più grave della morte*”.

<sup>52</sup> Corte cost., sentenza 16 dicembre 2016, n. 275, punto 11 del *Considerato in diritto*.

<sup>53</sup> Cfr. D. MONE, *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio ed il potenziale vulnus alla teoria dei controlimiti*, in *Rivista AIC*, n. 3, 2014, p. 25.

<sup>54</sup> A. PREDIERI, *Pianificazione e Costituzione*, Milano, 1963, p. 41.

<sup>55</sup> A. D’ALOIA, *Eguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo Studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002, p. 19.

<sup>56</sup> Il compito della rimozione degli ostacoli di cui all’art. 3, comma 2 Cost. è affidato alla “*Repubblica*”, vale a dire “*al complesso delle forze cui la Costituzione riconosce poteri suscettibili di concorrere alla realizzazione della finalità prescritta*”: così C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, II, Padova, 1976, p. 1034, il quale osserva come tale compito non sia – dunque – riservato al legislatore. Sulla interpretazione di tale termine nella giurisprudenza costituzionale, si veda, ad esempio, Corte cost., sentenza 25 febbraio 1988, n. 217, laddove si afferma che della “*Repubblica*” fanno parte il “[...] complesso dei poteri pubblici (Stato, regioni o province autonome, enti locali)” (punto 4.2 del *Considerato in diritto*). Con il termine *Repubblica*, la Costituzione intende riferirsi a qualcosa di ben più ampio dello Stato, e precisamente “*l’ordinamento socio-politico-giuridico fondato sui valori circolanti nell’intera comunità popolare*”: così P. GROSSI, *Le proprietà collettive*, cit., p. 49.

<sup>57</sup> Cfr., in merito, N. BOBBIO, *Sulla funzione promozionale del diritto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 1313 ss., spec. p. 1323; C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1031 ss.

sviluppo del trasporto pubblico locale<sup>59</sup> e le periferie urbane e sociali), sulla base del “*ruolo propulsivo*” del principio di eguaglianza<sup>60</sup>, e non limitarsi – come accade negli approcci bottom-up – a prevedere le condizioni per una marcata progettualità “*dal basso*”. Secondo tale impostazione, compito della Repubblica non è più quello di “*rimuovere gli ostacoli*” di cui all’art. 3, comma 2 Cost., bensì quello di favorire “*l’autonomia operativa dei cittadini, singoli e associati, per lo svolgimento di attività di interesse generale, sulla base del principio di sussidiarietà*” di cui all’art. 118, comma 4 Cost., che prevede un “*nuovo paradigma sussidiario, paritario e pluralista*” che “*ragiona invece in termini di attivazione delle «capacitazioni» di cui sono portatori i cittadini*”<sup>61</sup>.

## **6. Il soddisfacimento del diritto alla mobilità e le esigenze di contenimento della spesa pubblica: un bilanciamento “ineguale”**

Il compito di *rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale* che la Carta fondamentale affida alla Repubblica sussiste anche in condizioni di crisi economica. Come ha chiarito la Corte costituzionale, infatti, “[l]’eccezionalità della situazione economica che lo Stato deve affrontare è [...] suscettibile senza dubbio di consentire al legislatore anche il ricorso a strumenti eccezionali, nel difficile compito di contemperare il soddisfacimento degli interessi finanziari e di garantire i servizi e la protezione di cui tutti i cittadini necessitano. Tuttavia, è compito dello Stato garantire, anche in queste condizioni, il rispetto dei principi fondamentali dell’ordinamento costituzionale, il quale, certo, non è indifferente alla realtà economica e finanziaria, ma con altrettanta certezza non può consentire deroghe al principio di uguaglianza, sul quale è fondato l’ordinamento costituzionale”<sup>62</sup>.

Più recentemente, la Consulta<sup>63</sup> in una pronuncia definita “*di sistema*”<sup>64</sup>, non solo ha affermato che “[i]n assenza di adeguate fonti di finanziamento a cui attingere per soddisfare i bisogni della collettività di riferimento in un quadro organico e complessivo, è arduo rispondere alla primaria e fondamentale esigenza di preordinare, organizzare e qualificare la gestione dei servizi a rilevanza sociale da rendere alle popolazioni interessate”, ma ha anche aggiunto che in difetto l’art. 3 Cost. sarebbe

---

<sup>58</sup> Cfr., in argomento, C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, cit., p. 1031 ss.; P. CARETTI, voce *Diritti fondamentali*, in *Diz. dir. pubbl.*, diretto da S. CASSESE, III, Milano, 2006, p. 1881 ss., spec. p. 1888.

<sup>59</sup> Così A. CANDIDO, *Verso quale trasporto pubblico locale?*, cit., p. 3.

<sup>60</sup> G. AZZARITI, *Portata rivoluzionaria dell’eguaglianza: tra diritto e storia*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, I, Torino, 2016, p. 89.

<sup>61</sup> Così G. ARENA, *Amministrazione e società. Il nuovo cittadino*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1, 2017, p. 43 ss., spec. p. 46-47. Una simile impostazione è seguita anche da altri autori, tra i quali C. IAJONE, *La città come bene comune*, in *Aedon*, n. 1, 2013, par. 2; ID., *Sharing economy*, cit., p. 231 e passim; R. DIPACE, M. D’ORSOGNA, L. GIANI, *Coesione, sostenibilità e sviluppo territoriale*, cit., p. 1087 ss.; G. PAGLIARI, *Libertà, autonomia privata e utilità sociale. Una riflessione problematica*, in G. LEONE (a cura di), *Scritti in memoria di Giuseppe Abbamonte*, II, Napoli, 2019, p. 1123 ss.; L. AMMANNATI, *Diritto alla mobilità e trasporto sostenibile. Intermodalità e digitalizzazione nel quadro di una politica comune dei trasporti*, in *Federalismi.it*, n. 4, 2018, p. 28, la quale richiama il nuovo modello di “*adaptiveregulator*”.

<sup>62</sup> Cfr., in merito, Corte cost., sentenza 11 ottobre 2012, n. 223, cit., punto 13.3.1 del *Considerato in diritto*.

<sup>63</sup> Corte cost., sentenza 29 gennaio 2016, n. 10.

<sup>64</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche*, cit., p. 15.

violato “sotto il principio dell’eguaglianza sostanziale a causa dell’evidente pregiudizio al godimento dei diritti conseguente al mancato finanziamento dei relativi servizi”.

Anche la dottrina osserva che “[...] a fronte del principio del pareggio di bilancio spesso rilevano [...] diritti fondamentali della persona o principi altrettanto fondamentali dell’ordinamento. E che precisamente nei momenti di maggiore difficoltà del paese, per ragioni di bilancio o altro, è quanto mai necessario tenere ben saldi almeno i principi ed i valori fondamentali, dall’eguaglianza [...]” a tutti gli altri principi “che ricorrono [...] più in generale nello Stato di diritto”<sup>65</sup>.

Configurare il diritto alla mobilità come diritto sociale finanziariamente condizionato implica l’effettuazione di un bilanciamento tra le risorse (estremamente limitate) e la soddisfazione di diritti fondamentali. Ma tale bilanciamento è ineguale, “perché il fine (il soddisfacimento dei diritti sociali della persona) non può essere posto sullo stesso piano del mezzo (l’efficienza economica)”<sup>66</sup>. Il bilanciamento, per essere tale, deve essere sempre fra entità omogenee. In ogni caso, pur volendo considerare l’equilibrio finanziario quale valore costituzionale tra gli altri, “esso si pone su un piano recessivo rispetto ai diritti sociali”<sup>67</sup>.

Inoltre, si è correttamente rilevato che il bilanciamento in questione “è frutto di indirizzi politici contingenti, che possono essere orientati in un senso o in altro”<sup>68</sup>. Da una “decisione schiettamente politica”, qual è quella di bilancio, dipende se un diritto sociale possa essere o meno soddisfatto; una decisione “che vale rebus sic stantibus e che può essere modificata al mutare delle condizioni di sistema”<sup>69</sup>.

Tuttavia, se dal bilanciamento politico derivi una diminuzione delle tutele che scenda al di sotto di soglie minime, spetterà alla Consulta verificare la lesione del “nucleo irriducibile” dei diritti sociali (come la salute) “protetto dalla Costituzione come ambito inviolabile della dignità umana”<sup>70</sup>. La tutela della dignità richiede che vi sia un’equa ripartizione delle risorse disponibili, in modo da non privare alcuni soggetti o categorie di soggetti di beni e servizi essenziali, senza i quali la vita non è più “dignitosa”<sup>71</sup>. Il soddisfacimento dei diritti sociali dovrebbe, dunque, entro certi limiti<sup>72</sup>, prevalere sulle esigenze di contenimento della spesa pubblica e, pertanto, essere assicurato a prescindere dalle dotazioni di bilancio<sup>73</sup>. Anche la Corte costituzionale<sup>74</sup> ha avuto modo di chiarire che “le scelte allocative di bilancio proposte dal Governo e fatte proprie dal Parlamento, pur presentando natura altamente discrezionale entro il limite

<sup>65</sup> G. TESAURO, *Ragioni di bilancio e diritti fondamentali*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, cit., 3, p. 2399 ss., spec. p. 2407.

<sup>66</sup> M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 126. Sulla formula *bilanciamento ineguale* si veda, dello stesso A., la voce *Economia nel diritto costituzionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, V, Torino, 1990, p. 373 ss., spec. p. 380, nonché, più di recente, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche*, cit., p. 13.

<sup>67</sup> D. BIFULCO, *L’inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003, p. 20.

<sup>68</sup> G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale*, cit., par. 6.

<sup>69</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche*, cit., p. 16.

<sup>70</sup> Per questo indirizzo della Consulta si vedano le sentenze 20 novembre 2000, n. 509; 16 luglio 1999, n. 309; 18 marzo 2005, n. 111; 8 maggio 2007, n. 162.

<sup>71</sup> Così G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale*, cit., par. 6, che si sofferma anche sul carattere relazionale della dignità.

<sup>72</sup> Vale a dire, nei limiti del rispetto dei comuni principi di proporzionalità e non-eccessività: così M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche*, cit., p. 13: ID., *Sui diritti sociali*, cit., p. 127.

<sup>73</sup> M. LUCIANI, *Sui diritti sociali*, cit., p. 126.

<sup>74</sup> Corte cost. sentenza 20 luglio 2020, n. 152, spec. punto 6 del *Considerato in diritto*. Si veda, inoltre, tra le altre, Corte cost., sentenze 10 aprile 2020, n. 62, 16 dicembre 2016, n. 275, 29 gennaio 2016, n. 10.

dell'equilibrio di bilancio, vedono naturalmente ridotto tale perimetro di discrezionalità dalla garanzia delle spese costituzionalmente necessarie, inerenti all'erogazione di prestazioni sociali incompressibili". Deve essere, pertanto, ribadito, anche con riguardo al diritto alla mobilità, il principio secondo cui, "una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo [il diritto alla prestazione sociale di natura fondamentale, esso] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali"<sup>75</sup>.

Una tale conclusione non muta dopo l'entrata in vigore della legge costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 (e la conseguente riforma dell'art. 81 Cost.), "perché l'equilibrio di bilancio è cosa diversa dal pareggio", e l'art. 81, nella sua versione vigente, consente le politiche anticicliche, permettendo così "il sostegno delle situazioni sociali più deboli proprio nelle fasi più basse del ciclo"<sup>76</sup>.

Sotto tali profili, il Comitato dei diritti economici, sociali e culturali (CoDESC) delle Nazioni Unite<sup>77</sup> ha espresso, in relazione alle misure di austerità adottate dall'Italia (in esecuzione dei trattati eurounitari), la forte preoccupazione che "the levels of effective protection for the rights enshrined in the Covenant [PIDESC<sup>78</sup>] have been reduced as a result of the austerity measures adopted by the State party, which adversely affects enjoyment of the Covenant rights, particularly by disadvantaged and marginalized individuals and groups"<sup>79</sup>. Il Comitato raccomanda, pertanto, all'Italia di "review, based on a human rights impact assessment, all the measures that have been taken in response to the financial crisis and are still in place, with a view to ensuring the enjoyment of economic, social and cultural rights"<sup>80</sup>.

La cittadinanza amministrativa e il diritto alla mobilità, nella configurazione qui accolta, mira a migliorare le condizioni di vita dei cittadini e si pone, pertanto, come un elemento fondamentale per il raggiungimento degli scopi della nuova idea di città e comunità territoriale, tra i quali l'aumento generalizzato del benessere delle persone (intese come soggetti relazionali). E dunque una città (e comunità) "pensata e costruita come luogo dell'interazione sociale e dello sviluppo della persona umana"<sup>81</sup>, e non come mercato.

<sup>75</sup> Corte cost., sentenze 10 aprile 2020, n. 62, spec. punto 4.3 del *Considerato in diritto*, nonché Corte cost., sentenza 16 dicembre 2016, n. 275, punto 11 del *Considerato in diritto*.

<sup>76</sup> Così M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche*, cit., p. 13, il quale osserva, inoltre, come problema diverso sia quello del rispetto dei vincoli europei, giacché "qui il problema si fa politico e investe la più che dubbia razionalità dell'attuale assetto dell'Unione" (*ibidem*). Dello stesso A., si veda altresì *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA.VV., *Scritti in onore di Antonio D'Atena*, Milano, 2015, p. 1673 ss.; nonché *L'equilibrio di bilancio e i principi fondamentali: la prospettiva del controllo di costituzionalità*, in AA.VV., *Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012*, Milano, 2014, p. 1 ss. Sull'incidenza del principio dell'equilibrio di bilancio sui diritti sociali e sulla garanzia di una loro effettiva tutela da parte del pubblico potere si veda, tra le opere più recenti, A. ZITO, *Diritti sociali e principio dell'equilibrio di bilancio: le dinamiche di un rapporto "complicato" nel prisma delle decisioni giudiziali*, in *Nuove autonomie*, n. 2, 2020, p. 331 ss., il quale richiama e analizza i più recenti arresti della giurisprudenza costituzionale e amministrativa su tali aspetti.

<sup>77</sup> CoDESC, *Concluding observations on the fifth periodic report of Italy*, 28 ottobre 2015.

<sup>78</sup> Il Patto internazionale dei diritti economici sociali e culturali (PIDESC) è stato approvato a New York il 16 dicembre 1966 dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e ratificato dall'Italia il 15 settembre 1978, in seguito ad autorizzazione disposta con legge 25 ottobre 1977, n. 881.

<sup>79</sup> Punto 8 delle Osservazioni.

<sup>80</sup> Punto 9 delle Osservazioni.

<sup>81</sup> E. OLIVITO, *(Dis)eguaglianza*, cit., p. 9.

## **Libre circulación de mercancías y digitalización en la Unión Europea y en el Mercosur\***

**Alessandro Torello**

*Cultore della materia di Diritto industriale  
Università di Macerata*

---

### **Abstract**

*Free movement of goods and digitalization in the EU and in Mercosur*

*The purpose of this article is to examine the freedom of circulation of goods in two customs unions (the European Union and the Mercosur - Southern Common Market), on the basis of an analysis of the treaties and of the customs codes. Furthermore, another objective of the article is to consider how the issue of digitalization has been conceived in the treaties and in the EU and Mercosur legislation, taking into consideration the free movement of goods principle.*

Key words: *Libertad de circulación, Mercosur, Código aduanero, Digitalización, Ventanilla Única.*

---

Sumario — 1. Introducción — 2. La Unión Europea y la libre circulación de mercancías. — 2.1. El Tratado de Funcionamiento de la UE y el Tribunal de Justicia — 2.2. Bienes que pueden circular libremente en la UE — 3. La libre circulación de mercancías en el Mercosur. — 3.1. El Tratado de Asunción — 3.2. El territorio aduanero del Mercosur — 4. Tecnología y circulación de bienes en la UE y en el Mercosur — 5. La Ventanilla Única — 6. Conclusiones

### **1. Introducción**

El tema de la libertad de circulación de las mercancías es fundamental para comprender tanto el proceso de integración europea como los contenidos de los tratados comunitarios con los cuales se ha construido la Unión Europea, a partir del Tratado de Roma de 1957.

---

\*Sottoposto a referaggio.

La realización de una unión aduanera en 1968 representa el resultado más importante para garantizar la libre circulación de bienes dentro un mercado único. La eliminación de las barreras arancelarias<sup>1</sup> y de todos los obstáculos que impiden la libre circulación de mercancías, junto a las ampliaciones de los estados miembros, ha permitido la creación de un mercado único y de nuevos flujos comerciales entre un número creciente de países, desde los seis países que fundaron la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (CECA) y la Comunidad Económica Europea (CEE) respectivamente en 1951 y 1957, hasta los 27 miembros de la actual Unión Europea (28 antes de la salida de Reino Unido de la UE)<sup>2</sup>.

En particular, en el Libro Blanco de 1985 (COM(85) 319) se teorizó la creación de un espacio común europeo donde los mercados nacionales pueden coexistir para obtener un mercado único sin barreras de algún tipo (físicas, fiscales, técnicas o normativas). En el punto 27 del Libro Blanco se puntualiza que el objetivo final no es solamente la simplificación de los procedimientos existentes, sino la eliminación de los controles en las fronteras internas. Además en los puntos 60 y 61 se aclara que las barreras físicas obstaculizan los flujos comerciales e implican costes administrativos suplementarios que van a gravar sobre el consumidor, y que la barreras creadas por diferentes normas y reglamentos nacionales aumentan los costes de los productos, desalentando tanto la cooperación entre empresas como la creación de un mercado común de los productos industriales. Entonces sirve una nueva estrategia basada sobre el principio de la armonización. En este sentido, el Tribunal de Justicia de las Comidades Europeas (hoy Tribunal de Justicia de la Unión Europea - TJUE) en la sentencia “Cassis de Dijon” de 20 de Febrero de 1979 (asunto C-120/78)<sup>3</sup> afirmó el principio del reconocimiento mutuo entre los Países miembros: un producto comercializado en un Estado miembro puede ser vendido en todos los otros Estados miembros en conformidad de un *mutual trust*<sup>4</sup>. El Acta Única Europea (AUE) de 1986 y luego el Tratado de Maastricht (1992) permitieron la definición de un mercado único donde se garantizaba la libre circulación de personas, mercancías, servicios y capitales<sup>5</sup>. En el artículo 1 del AUE se lee que las Comunidades Europeas y la Cooperación Política Europea tienen como finalidad la

---

<sup>1</sup> Dos efectos negativos de los aranceles son: a) la creación de barreras artificiales que limitan el flujo comercial de las mercancías; b) el crecimiento del precio de los productos en el mercado en el cual los productos son importados. Un ejemplo de uso de los aranceles para proteger un mercado nacional (o varios mercados nacionales) y para mantener una hegemonía global, es la guerra comercial de los últimos años entre Estados Unidos y China. Véase por ejemplo: S. GOULARD, *The Impact of the US-China Trade War on the European Union*, en *Global Journal of Emerging Market Economies*, Vol. 12 (1), 2020, p. 56-68; M. MOSQUERA, *La agenda institucional de las relaciones internacionales chinas. Análisis del documento oficial sobre la guerra comercial con Estados Unidos*, en *Estudios de Asia y Africa*, Vol. 55 (2), 2020, p. 325-356.

<sup>2</sup> Véase: G. CONTALDI, *Diritto europeo dell'economia*, Turín, 2019, p. 2; L. DANIELE, *Diritto del mercato unico europeo e dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, Milán, 2019, p. 9-14; E. LÓPEZ BARRERO, S. RIPOL CARULLA, *Derecho de la Unión Europea*, Madrid, 2020, p. 208-209. B. OLIVI, R. SANTANIELLO, *Storia della integrazione europea: dalla guerra fredda ai giorni nostri*, Bologna, 2015, p. 125-141; S. SENIOR NELLO, *The European Union: Economics, Policies and History*, Maidenhead, 2009, p. 17-35.

<sup>3</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de Febrero de 1979, C-120/78, Rewe-Zentral AG contra Bundesmonopolverwaltung für Branntwein. Petición de decisión prejudicial: Hessisches Finanzgericht - Alemania.

<sup>4</sup> Véase: P. GRASSI, *Il principio del mutuo riconoscimento delle legislazioni nazionali nel diritto comunitario*, en S. MANGIAMELI (coord.), *L'ordinamento europeo*, 2, Milán, 2006, p. 391-422. Sobre el AUE, véase: R. TORINO, *Percorsi dell'Unione Europea*, en C. DI MAIO, R. TORINO (coord.), *Diritto e politiche dell'Unione Europea*, Milán, 2020, p. 6-7.

posibilidad de “contribuir conjuntamente a hacer progresar de manera concreta la Unión Europea”.

El principio de libre circulación en el caso del Mercosur (el Mercado Común del Sur) se encuentra en el Tratado de Asunción para la Constitución de un Mercado Común firmado por Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay en 1991<sup>6</sup>. El objetivo es crear un mercado común mediante la integración regional y la liberalización del comercio entre los Países miembros<sup>7</sup>.

Aunque la UE y el Mercosur se presenten como dos formas de integración regional y de unión aduanera, existen diferencias significativas en términos de historia, demografía, contexto político-social y cuadro económico-financiero de los países miembros, y sobre todo como tipología de mercados interiores. En este aspecto, Brasil es el mayor país del Mercosur por población (209 millones de personas) y mercado - el PIB anual de Brasil en 2019 fue de 1.839.758 millones de dólares estadounidenses (USD)<sup>8</sup>. Desde una perspectiva comparada, en 2019 el PIB de los tres mayores países de la UE (Alemania, Francia e Italia) fue respectivamente 3.845.630, 2.715.518 y 2.001.244 millones de USD. Hay que tener en cuenta que estos cuatro países del Mercosur (especialmente Argentina) han sufrido, y sufren todavía, fenómenos de inestabilidad financiera y monetaria (hiperinflación y devaluación de las monedas nacionales)<sup>9</sup>.

Igualmente, hay divergencias en el proceso de integración como en el funcionamiento de los mecanismos institucionales o en el nivel de soberanía de los Estados miembros. La actual estructura institucional del Mercosur<sup>10</sup> se basa en tres órganos decisivos: el Consejo del Mercado Común (CMC), el Grupo Mercado Común (GMC), y la Comisión de Comercio de Mercosur (CCM)<sup>11</sup>.

En el caso de La Unión Europea, el proceso de integración ha sido más largo y la estructura político-económica e institucional de la UE tiene mayor complejidad. Es

---

<sup>6</sup> Venezuela fue miembro de Mercosur hasta el 5 de Agosto de 2017, cuando se suspendió su estado de País miembro de conformidad con el artículo 5 (párrafo segundo) del Protocolo de Ushuaia de 1998. En particular en los artículos 3 y 4 del Protocolo de Ushuaia se examinan las medidas en caso de ruptura del orden democrático. En la Decisión de suspensión de Venezuela del 5 de Agosto 2017 se afirmó que la “ruptura del orden democrático constituye un obstáculo inaceptable para la continuidad del proceso de integración” y que “la suspensión cesará cuando, de acuerdo a lo establecido en el artículo 7° del Protocolo de Ushuaia, se verifique el pleno restablecimiento del orden democrático en la República Bolivariana de Venezuela”.

<sup>7</sup> Cfr.: P. BELLANTE, *Il sistema doganale: evoluzione, istituti, adempimenti*, Turin, 2020, p. 39-40. Sobre un análisis de la identidad y de las relaciones entre los países de Mercosur, véase: S. CABALLERO SANTOS, *Identity in Mercosur: Regionalism and Nationalism*, en *Global Governance*, Vol. 21 (1), 2015, p. 50-53; R. LAVAGNA, *Argentina, Brasil, Mercosur: una decisión estratégica 1986-2001*, Buenos Aires, 1998; F. MATTHEIS, U. WUNDERLICH, *Regional Actorness and Interregional Relations: ASEAN, the EU and Mercosur*, en *Journal of European Integration*, Vol. 39 (6), 2017, p. 728-733.

<sup>8</sup> En 2019, el PIB de Argentina, Paraguay y Uruguay fue respectivamente: 449.663 millones de USD, 38.145 millones de USD, y 56.045 millones de USD. Fuente: Banco Mundial. Sobre el tema véase también: A. BLANC ALTEMIER, *La Unión Europea promotora del libre comercio. Análisis e impacto de los principales acuerdos comerciales*, Cizur Menor, 2020, p. 358-361.

<sup>9</sup> Cfr.: H.C. BASNET, G. PRADHAN, *Regional Economic Integration in Mercosur: The Role of Real and Financial Sectors*, en *Review of Development Finance*, Vol. 7, 2017, p. 109-111; M.E. CARRANZA, *Can Mercosur Survive? Domestic and International Constraints on Mercosur*, en *Latin American Politics and Society*, Vol. 45 (2), 2003, p. 80-89.

<sup>10</sup> Sobre el tema, véase: A. MARTÍNEZ PUÑAL, *La estructura institucional del Mercosur: hipótesis de reformas*, en *Revista de Derecho Internacional y del Mercosur*, n. 3, 2004, p. 65-84.

<sup>11</sup> Otros órganos son la Secretaría, el Tribunal Permanente de Revisión, el Parlamento del Mercosur (indicado como “Parlasur”), el Instituto Social del Mercosur y el Instituto de Políticas Públicas en Derechos Humanos.

suficiente tener en cuenta los procesos de elaboración de la legislación supranacional y el contenido del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en el cual se explica la clasificación de los actos jurídicos: actos vinculantes (reglamentos, directivas, decisiones) y actos no vinculantes (recomendaciones y dictámenes). Precisamente, *“el reglamento tendrá un alcance general. Será obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro. La directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios. La decisión será obligatoria en todos sus elementos. Cuando designe destinatarios, sólo será obligatoria para éstos”*. La correcta y uniforme aplicación (e interpretación) del derecho de la UE ha sido controlada y garantizada por el Tribunal de Justicia de la UE. Por demás, 19 Países de los 27 que forman la UE son parte de una única área monetaria (la “Euro-zona”) controlada a nivel de política monetaria por un único órgano: el Banco Central Europeo. Todas estas diferencias tienen una influencia sobre las variables que permiten realizar una unión aduanera y garantizar la libre circulación de mercancías.

## **2. La Unión Europea y la libre circulación de mercancías**

### *2.1. El Tratado de Funcionamiento de la UE y el Tribunal de Justicia*

En cuanto a la existencia de un mercado interior, como se prevé en los primeros dos párrafos del artículo 26 del TFUE, la UE adopta las medidas necesarias para establecer el mercado interior y permitir su funcionamiento. Además, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores, en el cual se garantiza la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales<sup>12</sup>. Este aspecto ha sido asegurado por el TJUE también, como ha demostrado el pronunciamiento del 13 Diciembre 1989 (asunto C-49/89). En el párrafo 8 se afirma que los artículos de los Tratados CEE (ahora UE) que son relativos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, son disposiciones fundamentales para la Unión Europea<sup>13</sup>.

En relación al contenido del artículo 26 del TFUE, el artículo 28 del TFUE subraya la necesidad de garantizar la eficiencia de un sistema económico y comercial realizado a través de una unión aduanera, en la cual se prohíbe entre los Países miembros la aplicación de los derechos aduaneros de importación y exportación, y de cualquier tipo de exacciones de efecto equivalente. Dentro de la unión aduanera se adopta también un arancel aduanero común en el caso de importaciones de mercancías<sup>14</sup> con origen de terceros países<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> En cuanto a la importancia del mercado interior, el artículo 3.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE) afirma que *“la Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”*. Para más detalles sobre el artículo 3.3 del TUE y la economía social de mercado, véase: G. CONTALDI, op. cit., p. 6-11.

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de Diciembre de 1989, C-49/89, Corsica Ferries France contra Direction générale des douanes françaises. Petición de decisión prejudicial: Cour de cassation - Francia.

<sup>14</sup> Una definición de mercancías se encuentra en una sentencia del TJUE de 1968 (asunto C-7/68, parte B1): *“los productos que pueden valorarse en dinero y que, como tales, pueden ser objeto de*

La jurisprudencia del TJUE ha confirmado a través de varias sentencias que la libre circulación de mercancía en la UE es un principio fundamental para definir un triángulo donde el mercado interior, la unión aduanera y la libertad de tránsito de los bienes representan los tres lados. En la sentencia de 9 de Diciembre de 1997 (asunto C-265/95)<sup>16</sup>, el Tribunal ha afirmado que *“a tenor del párrafo segundo del artículo 7 A del Tratado CE, el mercado interior implica un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías está garantizada de acuerdo con las disposiciones del Tratado”* (párrafo 26). Además, en la sentencia de 23 de Octubre de 2003 (asunto C-115/02)<sup>17</sup>, se valida el contenido del pronunciamiento de 9 de Diciembre 1997: *“[...]la unión aduanera establecida por el Tratado CE implica necesariamente que se garantice la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros. Esta libertad no sería completa si los Estados miembros tuvieran la posibilidad de poner trabas o entorpecer, de alguna manera, la circulación de las mercancías en tránsito”* (párrafo 18). En 2011 y 2014 el TJUE en los asuntos C-291/09<sup>18</sup> y C-573/12<sup>19</sup> mantuvo la misma posición. En particular al párrafo 65 de la sentencia del asunto C-573/12, el Tribunal declaró que *“la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros es un principio fundamental del Tratado que encuentra su expresión en la prohibición recogida en el artículo 34 TFUE”*<sup>20</sup>.

## 2.2. Bienes que pueden circular libremente en la UE

Los productos que beneficiarían la posibilidad de un libre movimiento dentro de la unión aduanera son todos los bienes que se identifican como originarios de la UE. Para obtener la calificación de productos de la Unión Europea, los bienes o son totalmente producidos en la UE, o en la UE se opera la última transformación sustancial.

Sobre la adquisición del origen el artículo 60 del Código Aduanero de la UE (CAU)<sup>21</sup>, precisa que *“se considerará que las mercancías enteramente obtenidas en un solo país o territorio tienen su origen en este país o territorio”* y que *“se considerará que las mercancías en cuya producción intervenga más de un país o territorio tienen su origen en aquel en el que se haya producido su última transformación o elaboración sustancial, económicamente justificada, efectuada en una empresa equipada a tal*

---

*transacciones comerciales”*. Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de Diciembre de 1968, C-7/68, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Italiana.

<sup>15</sup> Es interesante notar que el artículo 28 del TFUE indica que la Unión Europea *“comprenderá”* una unión aduanera, mientras el artículo 23 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE), en parte reproducido en el artículo 28 del TFUE, especifica que la Comunidad Europea *“se basará”* en una unión aduanera.

<sup>16</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de Diciembre de 1997, C-265/95, Comisión de las Comunidades Europeas contra República Francesa.

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 23 de Octubre de 2003, C-115/02, Administration des douanes et droits indirects contra Rioglass SA y Transremar SL. Petición de decisión prejudicial: Cour de cassation - Francia.

<sup>18</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de Abril de 2011, C-291/09, Francesco Guarnieri & Cie contra Vandeveld Eddy VOF. Petición de decisión prejudicial: Rechtbank van koophandel te Brussel - Bélgica.

<sup>19</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de Julio de 2014, C-573/12, Ålands vindkraft AB contra Energimyndigheten. Petición de decisión prejudicial planteada por el förvaltningsrätten i Linköping.

<sup>20</sup> El artículo 34 del TFUE subraya que *“quedarán prohibidas entre los Estados miembros las restricciones cuantitativas a la importación, así como todas las medidas de efecto equivalente”*.

<sup>21</sup> Reglamento (UE) n. 952/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de Octubre de 2013 por el que se establece el código aduanero de la Unión.

*efecto, y que haya conducido a la fabricación de un producto nuevo o que represente un grado de fabricación importante*"<sup>22</sup>.

Adicionalmente, son bienes de la UE aquellos productos que son originarios de terceros países y se han importados en la UE bajo el régimen de despacho a libre práctica<sup>23</sup>. Como se ha indicado en el primer párrafo del artículo 201 del CAU, *"las mercancías no pertenecientes a la Unión destinadas a ser introducidas en el mercado de la Unión o destinadas a utilización o consumo privados dentro de esta última se incluirán en el régimen de despacho a libre práctica"*<sup>24</sup>. El tercer párrafo subraya que *"el despacho a libre práctica conferirá a las mercancías no pertenecientes a la Unión el estatuto aduanero de mercancías de la Unión"*<sup>25</sup>.

Es importante tener en cuenta que el territorio aduanero de la Unión no coincide con el territorio político. El artículo 4 del CAU indica los países y los territorios, incluyendo mar territorial, aguas interiores y espacio aéreo, que constituyen el territorio aduanero de la UE.

### 3. La libre circulación de mercancías en el Mercosur

#### 3.1. El Tratado de Asunción

Como se ha especificado en el artículo 1 del Tratado de Asunción de 1991, la creación de un mercado común implica *"la libre circulación de bienes, servicios y factores productivos entre los países, a través, entre otros, de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías y de*

---

<sup>22</sup> Con respecto a los criterios para determinar el país de origen de los productos, hay que considerar el Acuerdo sobre Normas de Origen del Organización Mundial del Comercio (OMC). Este acuerdo es parte del Anexo IA (Acuerdos multilaterales sobre el comercio de mercancías) del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC. En particular, en la Parte IV (armonización de las normas de origen) del Acuerdo sobre Normas de Origen, el párrafo 1 del artículo 9 menciona varios principios necesarios para armonizar las normas de origen y garantizar *"una mayor seguridad en el desarrollo del comercio mundial"*. Fundamentales son los puntos b) y d). *"Las normas de origen deberán prever que el país que se determine como país de origen de un determinado producto sea aquel en el que se haya obtenido totalmente el producto o, cuando en su producción estén implicados más de un país, aquel en el que se haya llevado a cabo la última transformación sustancial"*. Por los demás, *"las normas de origen no deberán utilizarse como instrumentos para perseguir directa o indirectamente objetivos comerciales. No deberán surtir por sí mismas efectos de restricción, distorsión o perturbación del comercio internacional"*.

<sup>23</sup> En la UE, la importación definitiva de mercancía con origen de terceros países se efectúa a través de una doble operación. En la primera fase (el despacho a libre práctica), de carácter supranacional, se aplican los aranceles. En la segunda fase (el despacho a consumo), de carácter nacional, se aplica el IVA y los impuestos especiales, si los bienes están sujetos.

<sup>24</sup> Igualmente, sobre el régimen de despacho a libre práctica se vea el artículo 29 del TFUE.

<sup>25</sup> La definición de mercancías de la Unión se encuentra en el punto 23 del artículo 5 del CAU también. Luego se consideran bienes de la Unión, *"las mercancías que respondan a alguno de los criterios siguientes: a) se obtengan enteramente en el territorio aduanero de la Unión y no incorporen ninguna mercancía importada de países o territorios situados fuera del territorio aduanero de aquella; b) se introduzcan en el territorio aduanero de la Unión procedentes de países o territorios situados fuera de dicho territorio y se despachen a libre práctica; c) se obtengan o produzcan en el territorio aduanero de la Unión solo con las mercancías a las que se refiere la letra b) o con mercancías que respondan a los criterios indicados en las letras a) y b)"*. Según el punto 24 del artículo 5 del CAU, son mercancías que no pertenecen a la UE, los bienes que no respetan los criterios del punto 23 o cuando hayan perdido el estatuto aduanero de mercancías de la Unión.

*cualquier otra medida equivalente*". Además, "el establecimiento de un arancel externo común y la adopción de una política comercial común con relación a terceros Estados o agrupaciones de Estados y la coordinación de posiciones en foros económico comerciales regionales e internacionales". Se trata de los mismos principios que se encuentran en el caso del desarrollo de un mercado común (ahora mercado interior) en la Unión Europea. Siempre el artículo 1 del Tratado de Asunción menciona el fortalecimiento del proceso de integración: un aspecto central para construir un sistema aduanero basado sobre una unión aduanera. Es necesario añadir que según el artículo 7 del Tratado, "en materia de impuestos, tasas y otros gravámenes internos, los productos originarios del territorio de un Estado Parte gozarán, en los otros Estados Partes, del mismo tratamiento que se aplique al producto nacional".

En el Anexo I del Tratado de Asunción es clara la voluntad de crear una unión aduanera y un mercado común donde los bienes pueden transitar libremente y sin gravámenes<sup>26</sup>, como ocurre a los bienes que tienen origen de la UE dentro del mercado interior de la Unión Europea. En términos de origen de la mercancía, todos los productos elaborados íntegramente en el territorio de cualquiera de ellos, "cuando en su elaboración se utilicen, exclusivamente, materiales originarios de los Estados Partes", tienen origen de un País miembro de Mercosur (artículo 1 del Anexo II del Tratado de Asunción)<sup>27</sup>.

### 3.2. El territorio aduanero del Mercosur

El Título I del Código Aduanero de Mercosur (CAM)<sup>28</sup> se refiere a el ámbito espacial comprendido por el CAM; es decir a su territorio aduanero. Los párrafos 2 y 3 del

---

<sup>26</sup> Los artículos 1 y 3 del Anexo I del Tratado de Asunción describen los plazos temporales y el cronograma para eliminar progresivamente las barreras comerciales y las restricciones. En el Tratado los términos eran indicados en tres años: desde 1991 hasta 1994. Con respecto al arancel externo común, desde 1994 el Consejo del Mercado Común (CMC) ha elaborado varias Decisiones: 7/1994, 22/1994, 31/2003, 38/2005, 59/2007, 28/2009. Con la Decisión CMC n. 68/2000 se revisó el arancel externo común. En 2010, la Decisión CMC n. 58/2010 (modificada por la Decisión CMC n. 26/2015) estableció las listas nacionales de excepciones al arancel externo común.

<sup>27</sup> El artículo 1 del Anexo II profundiza los casos de productos originarios de un Estado del Mercosur. "Los productos comprendidos en posiciones de la Nomenclatura Arancelaria de la Asociación Latinoamericana de Integración que se identifican en el Anexo 1 de la Resolución 78 del Comité de Representantes de la citada Asociación, por el sólo hecho de ser producidos en sus respectivos territorios. Se considerarán como producidos en el territorio de un Estado Parte: i) Los productos de los reinos mineral, vegetal y animal, incluyendo los de caza y de pesca, extraídos, cosechados o recolectados, nacidos y criados en su territorio o en sus Aguas Territoriales o Zona Económica Exclusiva; ii) Los productos del mar extraídos fuera de sus Aguas Territoriales y Zona Económica Exclusiva por barcos de su bandera o arrendados por empresas establecidas en su territorio; y iii) Los productos que resulten de operaciones o procesos efectuados en su territorio por los que adquieran la forma final en que serán comercializados, excepto cuando dichos procesos u operaciones consistan solamente en simples montajes o ensambles, embalaje, fraccionamiento en lotes o volúmenes, selección y clasificación, marcación, composición de surtidos de mercaderías u otras operaciones o procesos equivalentes. 3) Los productos en cuya elaboración se utilicen materiales que no sean originarios de los Estados Partes cuando resulten de un proceso de transformación realizado en el territorio de alguno de ellos, que se les confiera una nueva individualidad, caracterizada por el hecho de estar clasificados en la Nomenclatura Arancelaria de la Asociación Latinoamericana de Integración en posición diferente a la de dichos materiales, excepto en los casos en que los Estados Partes determinen que, además se cumpla con el requisito previsto en el art. 2 del presente Anexo".

<sup>28</sup> Decisión CMC n. 27/10. Además, se consideran el Tratado de Asunción de 1991, el Protocolo de Ouro Preto de 1994 (adicional al Tratado de Asunción sobre la estructura institucional del Mercosur), las

artículo 1 del CAM establecen que la legislación aduanera del Mercosur es aplicada a la totalidad del territorio de los Estados miembros y a los enclaves<sup>29</sup> concedidos a su favor, regulando el tráfico internacional de los Estados miembros con terceros países o bloques de países (como en el caso de la UE), y que la legislación aduanera del Mercosur no se aplica a los exclaves concedidos en favor de terceros países (o bloques de países)<sup>30</sup>.

Es interesante analizar la clasificación del territorio aduanero del Mercosur en tres zonas (una conceptualización de espacio aduanero que no existe en la UE): zona primaria aduanera, zona secundaria aduanera y zona de vigilancia aduanera especial.

En particular, el artículo 4 define la zona primaria aduanera como *“el área terrestre o acuática, ocupada por los puertos, aeropuertos, puntos de frontera y sus áreas adyacentes, y otras áreas del territorio aduanero, delimitadas y habilitadas por la Administración Aduanera, donde se efectúa el control de la entrada, permanencia, salida o circulación de mercaderías, medios de transporte y personas”*.

Por exclusión, la zona secundaria aduanera es la zona que no es comprendida en la zona primaria (artículo 5). Y la zona de vigilancia aduanera especial es *“el ámbito de la zona secundaria aduanera especialmente delimitada para asegurar un mejor control aduanero y en el cual la circulación de mercaderías se encuentra sometida a disposiciones especiales de control en virtud de su proximidad a la frontera, los puertos o los aeropuertos internacionales”*<sup>31</sup>.

Relacionado con el concepto de libre circulación de la mercancía es el régimen de importación definitiva. Como establece el artículo 51 (primer párrafo) del CAM, *“la importación definitiva es el régimen por el cual la mercadería importada puede tener libre circulación dentro del territorio aduanero, previo pago de los tributos aduaneros a la importación, cuando corresponda, y el cumplimiento de todas las formalidades aduaneras”*. Además, el régimen de tránsito aduanero permite *“el transporte de mercadería de libre circulación de una aduana de partida a una de destino, pasando por otro territorio”* (segundo párrafo del artículo 91 del CAM). Existen varias modalidades de tránsitos aduaneros: (a) de una aduana de entrada a una aduana de salida; (b) de una aduana de entrada a una aduana interior; (c) de una aduana interior a una

---

Decisiones n. 01/92, 25/94, 26/03, 54/04, 25/06 del CMC y la Resolución n. 40/06 del Grupo Mercado Común.

<sup>29</sup> En el artículo 3 del CAM se encuentran las definiciones de enclave y exclave. El enclave es *“la parte del territorio de un Estado no integrante del Mercosur en la que se permite la aplicación de la legislación aduanera del Mercosur, en los términos del acuerdo internacional que así lo establezca”*. El exclave es *“la parte del territorio de un Estado Parte del Mercosur en la que se permite la aplicación de la legislación aduanera de un tercer Estado, en los términos del acuerdo internacional que así lo establezca”*.

<sup>30</sup> El párrafo 4 del artículo 1 del CAM añade que las legislaciones aduaneras de cada Estado miembro *“serán aplicables supletoriamente dentro de sus respectivas jurisdicciones en aquellos aspectos no regulados específicamente por este Código, sus normas reglamentarias y complementarias”*.

<sup>31</sup> Merece la pena considerar el régimen de tráfico fronterizo, dado que *“permite la importación o exportación, sin el pago o con pago parcial de los tributos aduaneros, de mercadería transportada por residentes de las localidades situadas en las fronteras con terceros países y destinada a la subsistencia de su unidad familiar, de acuerdo a lo establecido en las normas reglamentarias”* (artículo 114 del CAM).

<sup>32</sup> Según el primer párrafo del artículo 91 del CAM, *“el tránsito aduanero es el régimen común a la importación y a la exportación por el cual la mercadería circula por el territorio aduanero, bajo control aduanero, desde una aduana de partida a otra de destino, sin el pago de los tributos aduaneros ni la aplicación de restricciones de carácter económico”*.

aduana de salida; y (d) de una aduana interior a otra aduana interior (artículo 92 del CAM)<sup>33</sup>.

#### 4. Tecnología y circulación de bienes en la UE y en el Mercosur

En un contexto económico de libre circulación de bienes, el desarrollo de nuevas tecnologías es un aspecto sustancial, tanto en la UE como en el Mercosur.

Del análisis del contexto normativo de la UE, en el Considerando 19 del CAU se advierte que *“el uso de tecnologías de la información y de la comunicación debe acompañarse de una aplicación armonizada y normalizada de los controles aduaneros por parte de los Estados miembros, con el fin de garantizar un nivel de control aduanero equivalente en toda la Unión que no dé pie a conductas anticompetitivas en los distintos puntos de entrada y salida de la Unión”*.

El legislador de la UE ha considerado la oportunidad de simplificar la documentación de los transportes y promover formas de digitalización en el transporte de mercancías y en el sector logístico, como en el caso del Reglamento 1056 del 2020<sup>34</sup>. En el Considerando 2 se describe el objetivo del Reglamento 1056: *“promover la digitalización del transporte de mercancías y la logística para reducir los costes administrativos, mejorar las capacidades de ejecución de las autoridades competentes y aumentar la eficiencia y la sostenibilidad del transporte”*. Igualmente, el intercambio de la información reglamentaria<sup>35</sup> a través de medios electrónicos permite *“reducir los costes administrativos de los operadores económicos y aumentar la eficiencia de las autoridades competentes”* (Considerando 8). Los operadores económicos pueden comunicar la información reglamentaria a una autoridad competente por vía electrónica a través de una plataforma certificada indicada como IETM (Información Electrónica de Transporte de Mercancías)<sup>36</sup> y mediante un proveedor de servicios IETM certificado (artículos 4 y 10 del Reglamento 1056)<sup>37</sup>. Como precisado en el artículo 18, el Reglamento 1056 será aplicable a partir del 21 de Agosto de 2024.

Un ejemplo de aplicación de documentos digitales en el transporte es la implantación y difusión del CMR electrónico (e-CMR)<sup>38</sup>, por medio del cual es posible controlar y

---

<sup>33</sup> En el caso de la UE, el Código aduanero de la Unión (CAU, supra § 2.2.) clasifica el tránsito como uno de los regímenes especiales y lo diferencia en tránsito interno y tránsito externo (artículo 210 del CAU). En particular, el artículo 227 del CAU examina las funciones principales del tránsito interno, mediante el cual se permite *“la circulación de mercancías de la Unión entre dos puntos del territorio aduanero de la Unión, pasando por un país o territorio no perteneciente a dicho territorio aduanero, sin que su estatuto aduanero se modifique”* (párrafo 1).

<sup>34</sup> Reglamento (UE) 2020/1056 del Parlamento y del Consejo de 15 de Julio de 2020 sobre información electrónica relativa al transporte de mercancías.

<sup>35</sup> El artículo 3 del Reglamento 1056/2020 al punto 1) define la información reglamentaria como toda la información (presentada o menos en forma de documento) *“relativa al transporte de mercancías en el territorio de la Unión, incluidas las mercancías en tránsito, que deba comunicar un operador económico interesado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2, apartado 1, a fin de demostrar el cumplimiento de los requisitos pertinentes de los actos que establecen dichas disposiciones”*.

<sup>36</sup> El acrónimo inglés es e-FTI (*electronic Freight Transport Information*). Se vea también la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la información electrónica relativa al transporte de mercancías: COM/2018/279 final del 17 de Mayo de 2018.

<sup>37</sup> Sobre la certificación de las plataformas IETM y de los proveedores de servicios IETM se vean los artículos 12 y 13 del Reglamento 1056/2020.

El Convenio CMR (*Convention relative au contrat de transport international de Marchandise par Route*) fue firmado en Ginebra en 1956 y entró en vigor en 1961. En 2008 fue añadido un protocolo adicional que entró en vigor en 2011: el Protocolo Adicional al Convenio de Transporte Internacional de

seguir en tiempo real el trayecto, la posición y la ubicación de las mercancías y de los camiones. Luego los operadores económicos (en primer lugar los remitentes, los transportistas y los destinatarios) pueden averiguar la duración del trayecto y la efectiva descarga de la mercancía.

En cuanto al contexto del Mercosur, el Capítulo V del Título X del CAM (artículos 148-152) está dedicado a los sistemas informáticos<sup>39</sup>. En particular, el artículo 149 prevé que *“el intercambio de información y documentos entre las Administraciones Aduaneras, y entre éstas y las personas vinculadas a la actividad aduanera será efectuado preferentemente por medios electrónicos”*<sup>40</sup>.

Con respecto al intercambio de informaciones digitales entre las administraciones aduaneras y a la oportunidad de controles sobre los tránsitos, los Estados del Mercosur han desarrollado el sistema Indira (Intercambio de Información de los Registros Aduaneros) y el Sistema Informático del Tránsito Internacional Aduanero (Sintia).

En el artículo 2 de la Decisión 01/08 del Consejo del Mercado Común<sup>41</sup> se prevé que la información transmitida en la plataforma informática Indira es *“de uso exclusivo de funcionarios de gobierno especialmente designados cuya identidad sea debidamente autenticada por los sistemas de seguridad propios de cada Aduana”*. El Anexo de la Decisión 01/08 señala los métodos estandarizados de transferencia de información (parámetros y protocolos informáticos) que deben ser utilizados.

En el caso de la política comercial y arancelaria de Argentina se estima conveniente, en el Considerando de la Resolución 2.961 de 2010, la posibilidad de extender la utilización obligatoria del Sintia a las operaciones de exportación por vía terrestre hacia países signatarios del Acuerdo sobre Transporte Internacional Terrestre (ATIT)<sup>42</sup>, y de profundizar los procesos de implementación de una aduana progresivamente automatizada y sin papel<sup>43</sup>.

---

<sup>44</sup> Decisión de la Organización Mundial del Comercio de 27 Noviembre 2014: Protocolo de enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (WT/L/940).

<sup>45</sup> UNECE, *Recomendación y Directrices para el establecimiento de una Ventanilla Única. Recomendación n. 33, ECE/TRADE/352*, Nueva York y Ginebra, 2005.

<sup>46</sup> Reglamento (UE) 2019/1239 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Junio de 2019 por el que se crea un entorno europeo de ventanilla única marítima y se deroga la Directiva 2010/65/UE.

<sup>47</sup> La definición de EMSwE (*Maritime Single Window environment*) como entorno europeo de ventanilla única marítima se encuentra en el artículo 2 del Reglamento 1239 de 2019: *“el marco jurídico y técnico para la transmisión electrónica de información relacionada con las obligaciones de información aplicables en las escalas portuarias en la Unión, que consiste en una red de ventanillas únicas marítimas nacionales con interfaces armonizadas de comunicación de información y que incluye intercambios de datos por medio de SafeSeaNet y otros sistemas pertinentes, así como servicios comunes de registro de usuarios y gestión de acceso, direccionamiento, identificación de buques, códigos de ubicación e información sobre mercancías peligrosas y contaminantes y sobre sanidad”*.

<sup>48</sup> Sobre el tema considérese también el primer párrafo del artículo 6 del mismo Reglamento: *“la Comisión, en estrecha cooperación con los Estados miembros, adoptará actos de ejecución por los que se*

## 5. La Ventanilla Única

La cuestión de la digitalización tiene mucha relevancia tanto en la UE como en el Mercosur, mayormente cuando se analiza el desarrollo del *Single Window* (la Ventanilla Única).

La Ventanilla Única permite obtener varios beneficios por el flujo internacional de bienes. Como se ha indicado en el punto 1 del artículo 10 (4) del Protocolo de enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la OMC<sup>44</sup>, *“los Miembros procurarán mantener o establecer una ventanilla única que permita a los comerciantes presentar a las autoridades u organismos participantes la documentación y/o información exigidas para la importación, la exportación o el tránsito de mercancías a través de un punto de entrada único. Después de que las autoridades u organismos participantes examinen la documentación y/o información, se notificarán oportunamente los resultados a los solicitantes a través de la ventanilla única”*.

Asimismo, utilizando documentos digitales y existiendo una facilitación de comunciación entre las Autoridades aduaneras, las operaciones aduaneras son más rápidas. Esto se remarca en la Recomendación n. 33 de la UNECE, en la cual se examinan tanto los diferentes modelos tecnológicos y organizativos de Ventanillas Únicas como sus objetivos y ventajas<sup>45</sup>.

En el caso del transporte marítimo en la UE, el Reglamento 1239 de 2019<sup>46</sup> subraya que para reducir la carga administrativa y simplificar los procedimientos de información, es necesaria la aplicación de una ventanilla única marítima (EMSWe)<sup>47</sup>, entendida como un sistema *“tecnológicamente neutro e interoperable y con interfaces armonizadas”* (artículo 1). Específicamente, el EMSWe permite transmitir en formato electrónico todos los datos de los buques que entran o salen de los puertos de la UE. El Considerando 10 del Reglamento 1239 de 2019 puntualiza que *“las ventanillas únicas marítimas nacionales deben disponer de una interfaz gráfica de usuario de fácil utilización, con funcionalidades comunes, que permita a los declarantes comunicar manualmente la información. Los Estados miembros deben facilitar la interfaz gráfica de usuario para que los declarantes también introduzcan manualmente los datos mediante la carga de hojas de cálculo digitales armonizadas. Además de garantizar las funcionalidades comunes, la Comisión y los Estados miembros deben coordinar sus esfuerzos para asegurar que la experiencia de los usuarios en la utilización de dichas interfaces gráficas de usuario sea lo más similar posible”*<sup>48</sup>.

---

<sup>44</sup> Decisión de la Organización Mundial del Comercio de 27 Noviembre 2014: Protocolo de enmienda del Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio (WT/L/940).

<sup>45</sup> UNECE, *Recomendación y Directrices para el establecimiento de una Ventanilla Única*. Recomendación n. 33, ECE/TRADE/352, Nueva York y Ginebra, 2005.

<sup>46</sup> Reglamento (UE) 2019/1239 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de Junio de 2019 por el que se crea un entorno europeo de ventanilla única marítima y se deroga la Directiva 2010/65/UE.

<sup>47</sup> La definición de EMSWe (*Maritime Single Window environment*) como entorno europeo de ventanilla única marítima se encuentra en el artículo 2 del Reglamento 1239 de 2019: *“el marco jurídico y técnico para la transmisión electrónica de información relacionada con las obligaciones de información aplicables en las escalas portuarias en la Unión, que consiste en una red de ventanillas únicas marítimas nacionales con interfaces armonizadas de comunicación de información y que incluye intercambios de datos por medio de SafeSeaNet y otros sistemas pertinentes, así como servicios comunes de registro de usuarios y gestión de acceso, direccionamiento, identificación de buques, códigos de ubicación e información sobre mercancías peligrosas y contaminantes y sobre sanidad”*.

<sup>48</sup> Sobre el tema considérese también el primer párrafo del artículo 6 del mismo Reglamento: *“la Comisión, en estrecha cooperación con los Estados miembros, adoptará actos de ejecución por los que se*

Existen formas diferentes de *Single Windows* en los Estados miembros del Mercosur. En Paraguay hay dos tipos de ventanillas: la Ventanilla Única de Exportación y la Ventanilla Única de Importación. Ambas ventanillas operan separadamente, aunque exista una interoperabilidad entre las dos.

En Brasil el mecanismo de ventanilla única está relacionado con el Siscomex (Sistema integrado de Comercio Exterior), que es operativo desde 1993 y se ha renovado en Septiembre de 2019<sup>49</sup>.

En Argentina y en Uruguay se utiliza una Ventanilla Única de Comercio Exterior. En el caso específico de Argentina, la ventanilla única se aprobó con el Decreto 1079 de 2016 utilizando el acrónimo de VUCEA (Ventanilla Única de Comercio Exterior Argentino)<sup>50</sup>. El primer artículo prevé que a través del VUCEA “*se administrarán los trámites vinculados a las declaraciones, permisos, certificaciones, licencias y demás autorizaciones y gestiones necesarias para realizar las operaciones de importación, exportación y tránsito de todo tipo de mercancías*”.

## **6. Conclusiones**

En la UE y en el Mercosur hay cuestiones que siguen abiertas y que pueden limitar tanto la libre circulación de los bienes como un correcto funcionamiento de cualquier sistema digitalizado de transmisión de datos necesario para mejorar el *supply chain*.

Entonces, para terminar el análisis de los temas de este artículo, hay dos puntos que deben ser considerados.

El primero tiene que ver con el nivel de imperfección que ha surgido en la UE y en el Mercosur como dos diferentes tipologías de unión aduanera.

En el caso de la UE la ausencia de un cuadro fiscal homogéneo genera alteraciones en los niveles de concurrencia entre los países miembros. En tal sentido, los niveles de IVA en importación son diferentes en los 27 países de la Unión Europea. En efecto, por un lado, en fase de despacho a libre práctica, a los productos originarios de terceros países e importados en la UE se va a aplicar la misma tarifa arancelaria en todos los Estados de la UE, en cuanto se utiliza un arancel aduanero externo común. Luego, esos productos, después de cumplir las obligaciones arancelarias, pueden circular por todo el territorio aduanero de la UE libremente y sin algún control aduanero adicional. Por otro lado, sin embargo, en fase de despacho a consumo cada país miembro puede aplicar su propia

---

*establezcan las especificaciones funcionales y técnicas del módulo de interfaz armonizada de comunicación de información para las ventanillas únicas marítimas nacionales. Las especificaciones funcionales y técnicas tendrán por objeto facilitar la interoperabilidad con las diferentes tecnologías y sistemas de comunicación de información de los usuarios*”.

<sup>49</sup> El Siscomex fue instituido con el Decreto 660 de 25 Septiembre de 1992 y renovado con el Decreto 10.010 de 5 de Septiembre de 2019.

<sup>50</sup> Decreto 1079/2016 de 6 de Octubre 2016, publicado en el Boletín Oficial de la República de Argentina del 7 de Octubre 2016, n. 33478, p. 2.

normativa fiscal en términos de alicuota IVA<sup>51</sup> e impuestos especiales como las accisas<sup>52</sup>.

La unión aduanera del Mercosur ha sido definida “imperfecta” porque, aunque los países miembros del Mercosur hayan intentado acordar la definición de un arancel externo común, se siguen aplicando medidas arancelarias diferentes con relación a la mercadería originaria de terceros países. Igualmente, no todos los bienes que tienen un origen de un País miembro pueden circular dentro del Mercosur sin la aplicación de medidas arancelarias. Efectivamente, teniendo en cuenta que el contenido del artículo XXIV del GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*), según el cual una característica fundamental de una unión aduanera es la existencia de un arancel externo común, en el Mercosur se ha creado un mercado común que presenta elementos de vulnerabilidad y una unión aduanera que funciona solamente de forma parcial.

El segundo aspecto está relacionado con los flujos digitales de datos. Es evidente que una ayuda para mejorar el entorno económico de una unión aduanera y para facilitar el comercio internacional es el desarrollo de un sistema multiplataforma de transmisión de documentos digitalizados o la implementación de una red informática armonizada que permita compartir datos y documentos con niveles elevados de seguridad, como en parte ocurre en una cadena de bloques (el *Blockchain*)<sup>54</sup>. Luego, la transmisión de datos en

<sup>51</sup> En materia de IVA en la UE véase la Directiva 2006/112/CE del Consejo de 28 de Noviembre de 2006 relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido. Con respecto a este tema, véase: G. CORASANITI, P. DE' CAPITANI DI VIMERCATE, C. CORRADO OLIVA, V. UCKMAR, *Diritto tributario internazionale*, Padua, 2012, p. 173-175; F.G. RUSSO, *Le imposte indirette nell'orizzonte del diritto europeo*, en A. GIORDANO (coord.), *Diritto tributario europeo e internazionale. Fonti, principi, singole imposte, tutele stragiudiziali e processuali*, Milán, 2020, p. 479-498.

<sup>52</sup> Con respecto a los impuestos especiales se considere la Directiva 2008/118/CE del Consejo de 16 de Diciembre de 2008 relativa al régimen general de los impuestos especiales, y por la que se deroga la Directiva 92/12/CEE. Es necesario precisar que la Directiva 118 de 2008 ha sido modificada en diversas ocasiones, como se indica en el Considerando 1 de la Directiva (UE) 2020/262 del Consejo de 19 de Diciembre 2019. Merece la pena mencionar el contenido del artículo 20 de la Directiva 262 de 2020, en cuanto “se considerará que la circulación de productos sujetos a impuestos especiales se realiza en régimen suspensivo únicamente si tiene lugar al amparo de un documento administrativo electrónico [...]”.

<sup>53</sup> En lo que concierne a Mercosur como unión aduanera imperfecta, véase: G. CARDONA MONTOYA, *¿Es Mercosur una unión aduanera imperfecta? Análisis conceptual y aplicado de la realidad y el potencial de la integración entre los países del Cono Sur*, en *Escenarios: Empresa y Territorio*, n. 2, 2013, p. 55-70; J.M. GARCÍA DE LA CRUZ, D. GAYO LAFÉE, A. SÁNCHEZ DIEZ, *La profundización de la integración en el Mercosur y las prioridades para la UE: escenarios para la región y para la Unión Europea*, en *Estudios Económicos de Desarrollo Internacional*, Vol. 10 (1), 2010, p. 6-9; G.L. GARDINI, *Mercosur: What You See is Not (Always) What You Get*, en *European Law Journal*, Vol. 17 (5), 2011, p. 695-696; R. GAYÁ, R. ROZEMBERG, *Mercosur en tiempos de cambio: implicaciones para la negociación con la Unión Europea*, Documentos de Trabajo, n. 9 (2ª época), Fundación Carolina, Madrid, 2019, p. 9-12. En relación con el tema de Mercosur como unión aduanera imperfecta, una cuestión que tiene significatividad es la incorporación de la normativa del acuerdo Mercosur en los ordenamientos jurídicos nacionales de los países miembros. Cfr.: J.F. REYES, *La aplicación del derecho en el Mercosur*, en *Revista del Tribunal Permanente de Revisión (Mercosur)*, Año 7, n. 14, 2019, p. 14-43.

<sup>54</sup> Cfr.: H.H. JUÁREZ, *Trazabilidad de la cadena logística. Hacia una visión integral y sistémica de las operaciones aduaneras*, en *Jurisprudencia Argentina*, Número especial, Fasc. 10, 2020, p. 32-36. Sobre el problema de la interoperabilidad de las diferentes cadenas de bloques y su nivel de seguridad, véase: E. GANNE, *¿Pueden las cadenas de bloques revolucionar el comercio internacional? Organización Mundial del Comercio*, Ginebra, 2018, p. 107-111. En particular, Ganne evidencia que “en comparación con las bases de datos tradicionales, las cadenas de bloques son muy resistentes, gracias a su carácter descentralizado y distribuido y a que utilizan técnicas criptográficas. Sin embargo, no son completamente invulnerables a los problemas de seguridad tradicionales. El hecho de que los datos estén distribuidos

formato digital requiere la creación de plataformas e interfaces comunes y compatibles. De todas maneras surge un problema fundamental: ¿Cómo armonizar las plataformas informáticas que se van a aplicar en todos los países de una unión aduanera o de una macro-region?

---

*entre los nodos participantes facilita mucho la recuperación en caso de desastre: si un nodo se ve comprometido, es posible recuperar los datos de la cadena a partir de otros nodos participantes. La ausencia de un punto único de fallo (dado que no existe una entidad central susceptible de ser pirateada) hace difícil que se pueda poner en riesgo el conjunto de la red” (p. 107). En tema de tipologías de Blockchain, véase: M. NICOTRA, F. SARZANA DI S. IPPOLITO, *Diritto della Blockchain, intelligenza artificiale e IoT*, Milán, 2018, p. 21-25.*

*Articoli e Saggi*

## Vicende societarie nelle società concessionarie della gestione degli aeroporti\*

**Ilaria Pavan**

*Funzionario ENAC, abilitata alla professione forense, specializzata alla SSPL*

---

**Abstract**

*Corporate events in airport management concessionaires*

*The private sector led the airport management. The privatization was decided by law but did not occur uniformly, as there are companies fully owned by the private sector and companies owned by the public and private sector where the public sector owns the minority, majority or total part of the shares. The latter are considered government-owned companies and therefore subject to a different regulation. Two recent cases show how the different regulation influences the company's operations, particularly the transfer of shares takes place in a different way depending on whether the transferor shareholder is a public or private entity.*

*Key words: airport management, privatization, airport concessions, company's operation, transferor shareholder*

---

Sommario — 1. La privatizzazione delle società di concessioni aeroportuali — 2. Due recenti casi di operazioni societarie — 3. Il ruolo delle Autorità vigilanti — 4. Riflessioni sulle procedure di cessione delle partecipazioni societarie — 5. Conclusioni

### **1. La privatizzazione delle società di concessioni aeroportuali**

La gestione delle concessioni aeroportuali è affidata, per volontà del legislatore, alle società di capitali in quanto il modello societario è stato ritenuto quello che meglio potesse amministrare gli aeroporti nazionali. Con la Legge 24 dicembre 1993 n. 537<sup>1</sup> si

---

\* Sottoposto a referaggio

<sup>1</sup> È infatti con la legge 24 dicembre 1993 n. 531 che vengono adottate le prime disposizioni di carattere programmatico, allo scopo di avviare un processo di riforma delle attività di gestione dei servizi e di realizzazione delle infrastrutture aeroportuali. A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico - Lezioni, casi e materiale*, Torino, 2009.

è avviato il percorso di privatizzazione<sup>2</sup> che ha interessato l'intero settore; l'art.10 comma 13 ha disposto la costituzione di società di capitali per la gestione dei servizi e infrastrutture degli aeroporti la cui attuazione è avvenuta con l'emanazione del Decreto Ministeriale 12 novembre 1997 n. 521. In particolare, l'art.2 del DM 521/97 "*Natura e soci delle società di gestione*"<sup>3</sup> prevede che le società di gestione aeroportuale siano costituite esclusivamente sotto la forma di società di capitale secondo la disciplina del codice civile. Il comma 2 dell'art. 2 DM 521/97 dispone che la scelta del socio privato di maggioranza debba avvenire sulla base di procedure ad evidenza pubblica attivate mediante un confronto concorrenziale determinato in base alle previsioni di cui agli articoli 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533. La procedura ad evidenza pubblica è richiesta per la scelta del socio privato quando si costituisce la società di gestione, diversamente il comma 3 dello stesso articolo disciplina l'ipotesi della cessione delle quote di maggioranza nelle società già costituite e richiede che la cessione avvenga con procedure trasparenti e non discriminatorie così come previsto dalla Legge 30 luglio 1994, n. 474. La cessione di quote di maggioranza è regolamentata in modo diverso nelle due fattispecie mentre la cessione di quote minoritarie non ha avuto un'espressa regolamentazione. Il Comitato Consultivo Tecnico Economico e Giuridico dell'ENAC nel parere del 10 luglio 2001 ha riconosciuto che la procedura trasparente e non discriminatoria fosse necessaria anche quando la cessione alprivatoriguardi quote di minoranza che producano però dei mutamenti della maggioranza nella società<sup>4</sup>.

Proprio su tali aspetti il DM 521/97 si è trovato a confrontarsi con l'emanazione del D.Lgs. 19 agosto 2016 n.175, d'ora in avanti TUSPP, con il quale il legislatore ha voluto uniformare la disciplina delle società a partecipazione pubblica sottolineando come la gestione delle partecipazioni societarie della Pubblica Amministrazione deve essere orientata ai principi di efficienza, della tutela e promozione della concorrenza e del mercato, nonché della razionalizzazione e riduzione della spesa pubblica. Il TUSPP si applica a tutte le società a partecipazione pubblica con la necessità, non sempre facile, di coordinarsi con le specifiche discipline di settore.

L'Autorità Garante per la Concorrenza e per il Mercato nella segnalazione AS1394 del 5 luglio 2017, si è espressa proprio su tale aspetto, invitando le Autorità competenti a

---

<sup>2</sup> Per un quadro generale sui processi di privatizzazione si veda S. CASSESE, La nuova costituzione economica, Roma-Bari, 2011, in particolare E. FRENI, *Le privatizzazioni*, ivi p. 217 ss.

<sup>3</sup> Decreto Ministeriale 12 novembre 1997 n.521, art. 2 ("*Natura e soci delle società di gestione aeroportuale*"): "1. Le società di gestione aeroportuale sono costituite esclusivamente sotto forma di società di capitale, secondo la disciplina del codice civile, ed in qualità di soci possono partecipare, senza il vincolo della proprietà maggioritaria, anche le regioni, le province, i comuni e gli enti locali nonché le camere di commercio, industria ed artigianato interessati. 2. La scelta del socio privato di maggioranza avviene sulla base di procedure ad evidenza pubblica attivate mediante un confronto concorrenziale determinato in base alle previsioni di cui agli articoli 2 e 3 del decreto del Presidente della Repubblica 16 settembre 1996, n. 533, recante norme sulla costituzione di società miste in materia di servizi pubblici degli enti territoriali, che tenga in particolare conto le capacità tecniche e finanziarie dei soggetti interessati. 3. La cessione a privati delle quote di maggioranza è subordinata all'espletamento di quanto previsto dall'articolo 1, comma 1-ter del decreto-legge 28 giugno 1995, n. 251, convertito, con modificazioni, dalla legge 3 agosto 1995, n. 351, mediante, pertanto, le procedure di cui al decreto-legge 31 maggio 1994, n. 322, convertito, con modificazioni, dalla legge 30 luglio 1994, n.474. 4. Lo schema della procedura di selezione è trasmesso, per l'approvazione, al Ministero dei trasporti e della navigazione che vi provvede entro trenta giorni dal ricevimento".

<sup>4</sup> Comitato Consultivo Tecnico Economico e Giuridico - verbale della riunione n.6/2001 del 10 luglio 2001, al punto 2 odg: quesito sulle modalità di privatizzazione di quote di minoranza del capitale delle società di gestione aeroportuale.

valutare l'opportunità di modificare la normativa di settore ed armonizzarla con il TUSPP. La segnalazione aveva ad oggetto la cessione di quote di minoranza da parte di un socio pubblico di una società concessionaria della gestione di aeroporto. La citata operazione societaria ha seguito il dettato del DM 521/97 e, trattandosi di cessione di quote di minoranza, non è avvenuta con la procedura ad evidenza pubblica. L'AGCM tuttavia ha segnalato come l'art. 10 TUSPP<sup>5</sup> obbliga i soci pubblici ad individuare il socio privato mediante procedure concorsuali ad evidenza pubblica, soprattutto nei casi in cui la quota ceduta, anche se di minoranza, possa configurarsi una partecipazione di controllo. Si è quindi evidenziato un possibile contrasto tra le due discipline tanto che il testo del DM 521/97 meriterebbe di essere rivisto.

## **2. Due recenti casi di operazioni societarie**

Una volta che i soci pubblici cedono le loro azioni e la compagine societaria è detenuta esclusivamente o quasi da soci privati, le vicende che si verificano all'interno sono disciplinate dalle norme del codice civile. Nelle società in cui i soci pubblici continuano a detenere partecipazioni di maggioranza o totalitarie invece, le vicende societarie non possono essere regolamentate solamente dal codice civile ma devono tenere conto di quanto prescritto dal TUSPP.

Le differenze nella disciplina sono evidenti anche nelle ipotesi di alienazioni di partecipazioni societarie soprattutto quando la cessione di quote sia effettuata da un socio pubblico o da un socio privato. Per analizzare quanto sopra, si fa riferimento a due vicende verificatesi all'interno della società di gestione dell'aeroporto di Bolzano e dell'aeroporto di Olbia.

Nell'aeroporto di Bolzano<sup>6</sup> la società di gestione è la ABD S.p.A., titolare di una gestione parziale e precaria in corso di definizione, la cui compagine societaria era costituita da un unico socio pubblico: la Provincia Autonoma di Bolzano; quest'ultima, per la cessione dell'intero pacchetto azionario, ha esperito una procedura di gara. La società di gestione di Bolzano è uno degli esempi in cui la privatizzazione si è arrestata a livello formale. Per poter proseguire l'iter di privatizzazione ed individuare il socio privato è stato seguito quanto prescritto dall'art.2 comma 3 DM 521/97 che prevede per la cessione una procedura trasparente e non discriminatoria e soprattutto quanto prescritto dall'art.10 comma 2 TUSPP che richiede il rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

Nella fattispecie di Bolzano, il socio pubblico ha deciso di esperire una procedura ad evidenza pubblica ai sensi dell'art.10 comma 2 TUSPP da svolgersi tramite procedura

---

<sup>5</sup> Decreto legislativo 19 agosto 2016 n.175, art. 10 ("Alienazione di partecipazioni sociali"): "1. Gli atti deliberativi aventi ad oggetto l'alienazione o la costituzione di vincoli su partecipazioni sociali delle amministrazioni pubbliche sono adottati secondo le modalità di cui all'articolo 7, comma 1. 2. L'alienazione delle partecipazioni è effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione. In casi eccezionali, a seguito di deliberazione motivata dell'organo competente ai sensi del comma 1, che dà analiticamente atto della convenienza economica dell'operazione, con particolare riferimento alla congruità del prezzo di vendita, l'alienazione può essere effettuata mediante negoziazione diretta con un singolo acquirente. È fatto salvo il diritto di prelazione dei soci eventualmente previsto dalla legge o dallo statuto. 3. La mancanza o invalidità dell'atto deliberativo avente ad oggetto l'alienazione della partecipazione rende inefficace l'atto di alienazione della partecipazione. 4. È fatta salva la disciplina speciale in materia di alienazione delle partecipazioni dello Stato".

<sup>6</sup> ANSA, 16 settembre 2019, *Aeroporto di Bolzano, quote ai privati*.

aperta ai sensi dell'art. 60 del D. Lgs. 18 aprile 2016 n. 50. La procedura di gara si è conclusa con l'aggiudicazione alla società ABD Holding s.r.l.

Ulteriore esempio di cessione di quote si è recentemente verificato nella società di gestione dell'aeroporto di Olbia<sup>7</sup>, la GEASAR S.p.A., la cui compagine societaria è costituita da una maggioranza di quote di soci privati e da una minoranza di soci pubblici. La GEASAR S.p.A. è un esempio invece di avvenuta privatizzazione sostanziale, pertanto le vicende societarie al suo interno sono regolate principalmente dalle norme del diritto civile<sup>8</sup>. Ne deriva infatti che la cessione di quote tra il socio Alisarda (socio cedente) e F2i (nuovo socio acquirente) non è avvenuta tramite una procedura ad evidenza pubblica ma tramite accordi e contratti conclusi tra le parti interessate.

Per analizzare la differenza nelle modalità di cessione di quote, occorre far riferimento alla ratio sottesa alla procedura ad evidenza pubblica. L'originale obiettivo nazionale della procedura era quello di garantire che l'Amministrazione affidataria potesse formare correttamente la propria volontà. L'influsso europeo ha ampliato quest'obiettivo sostenendo che la procedura ad evidenza pubblica garantisce la libera prestazione di servizi, la libertà di stabilimento delle imprese e quindi tutela la libera concorrenza nel mercato<sup>9</sup>. La concorrenza si afferma quando nel mercato le imprese sono tutte sullo stesso piano e operano con i medesimi strumenti; quando invece sono presenti poteri più forti come è il caso dell'Amministrazione Pubblica è necessario che siano imposte regole e procedure affinché il mercato possa continuare ad operare in concorrenza.

Tornando quindi alle vicende societarie delle società di gestione aeroportuale si può concludere che se la cessione avviene tra pubblico e privato è necessaria una procedura ad evidenza pubblica per evitare che il socio pubblico possa abusare della sua posizione. Se invece la cessione è tra privati il rapporto si configura alla pari e non è necessaria alcuna procedura.

### **3. Il ruolo delle Autorità vigilanti**

Le vicende societarie di una società concessionaria di servizio pubblico coinvolgono molteplici Enti e Autorità ognuno per la propria sfera di competenza. Riguardo le società

---

<sup>7</sup> Annunciato sui principali quotidiani nazionali (*Il Sole 24 Ore* del 24 ottobre 2020, *Aeroporti, F2i compra Olbia e lancia il polo della Sardegna*).

<sup>8</sup> Codice civile, art. 2355 ("Circolazione delle azioni") e art. 2469 ("Trasferimento delle partecipazioni").

<sup>9</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, p. 581 ss.: secondo la sentenza della Corte Costituzionale 23 novembre 2007 n. 401 "occorre registrare «il definitivo superamento della cosiddetta concezione contablistica, che qualificava tale normativa interna posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale». Muta dunque il profilo funzionale dell'evidenza pubblica, che da disciplina posta a presidio dell'esigence dell'interesse pubblico, in vista della scelta del miglior contraente e del contenimento della spesa dell'esclusivo punto di vista dell'amministrazione, diviene una regolamentazione che protegge anche gli interessi delle imprese. In sostanza la Corte costituzionale coglie con chiarezza che la disciplina sulla contrattazione delle amministrazioni pubbliche deve raccordarsi con le esigenze di un mercato comune in cui vanno preservate le aspettative"; R. GAROFOLI, *Compendio di diritto amministrativo*, Roma, 2016, p. 679 "la normativa europea ha per prioritario obiettivo il perseguimento della tutela della libera concorrenza, essendo volta ad evitare che la stazione appaltante operante in uno degli Stati membri possa favorire, nell'affidare la commessa pubblica, l'impresa nazionale. Così discriminando le altre imprese europee e ledendo quindi il principio della concorrenza" delle imprese. Tale conclusione, secondo la Consulta, trova ancoraggio nell'influenza del diritto dell'Unione Europea."

di concessione aeroportuale sono coinvolte l'ENAC in qualità di unica autorità del settore dell'aviazione civile e il MIT in qualità di ministero vigilante. Nella Convenzione-tipo a cui si fa riferimento per la stipula delle singole Convenzioni di affidamento della gestione degli aeroporti, tra gli obblighi della Concessionaria è previsto che adotta le misure atte a prevedere l'espletamento delle procedure di evidenza pubblica di cui all'articolo 2 del regolamento (DM 521/97), per le ipotesi di privatizzazione di quote, anche di minoranza, del capitale che comportino la perdita della posizione di maggioranza pubblica<sup>10</sup>. La concessionaria ha quindi un ruolo attivo e principale nelle procedure ad evidenza pubblica per la privatizzazione delle quote societarie e, secondo l'art.2 comma 4 DM n. 521/97, anche il relativo bando è sottoposto alla vigilanza del MIT che richiede un parere anche al MEF e allo stesso ENAC. Tuttavia non si rinviene alcun riferimento normativo sulle vicende societarie che si verificano successivamente alla privatizzazione, creandosi quella differenza che si è sopra evidenziata tra il nuovo socio che ha acquistato le quote da un socio pubblico rispetto a quello che le ha acquistate da un socio privato.

Il potere di vigilanza dell'ENAC si manifesta principalmente nel controllo sulla società concessionaria rispetto alla gestione dell'infrastruttura aeroportuale<sup>11</sup>; rispetto alle vicende societarie il legislatore non ha riconosciuto all'ENAC uno specifico potere di vigilanza su tale aspetto.

La cessione di partecipazioni di una società interessa anche altre due Autorità, l'AGCM in quanto autorità che tutela la concorrenza nel mercato e che ha un ruolo specifico anche nelle alienazioni di partecipazioni di società pubbliche<sup>12</sup> e l'ANAC che vigila sull'anticorruzione. Essendo due Autorità Amministrative Indipendenti con competenze trasversali è possibile che le loro decisioni influiscano anche sulle competenze dell'Ente di settore dell'aviazione civile, ma la leale e reciproca collaborazione tra le istituzioni caratterizza i loro rapporti. Se la cessione di partecipazioni riguarda società a partecipazioni pubbliche sono interessate anche il MEF e la Corte dei Conti. In ultimo, anche il Consiglio dei Ministri ha poteri speciali nelle vicende delle società che operano nei settori di rilevanza strategica per il sistema della difesa e della sicurezza nazionale ai sensi del D.L. 15 marzo 2012 n.2 convertito, con modificazioni, dalla legge 11 maggio 2012, n. 56. Il D.P.R. 25 marzo 2014 n.86 reca la disciplina di attuazione dell'esercizio dei poteri speciali dello Stato inerenti agli attivi strategici ed il settore dei trasporti è incluso tra questi, pertanto le operazioni societarie devono essere notificate al competente ufficio della Presidenza del Consiglio dei Ministri seguendo quanto disposto dal citato D.P.R.

---

<sup>10</sup> Convenzione schema-tipo adottata nel 2009, il cui art. 4 è rubricato "Obblighi della concessionaria".

<sup>11</sup> Codice della navigazione, art.705 "Il gestore aeroportuale è il soggetto cui è affidato, sotto il controllo e la vigilanza dell'ENAC, insieme ad altre attività o in via esclusiva, il compito di amministrare e di gestire, secondo criteri di trasparenza e non discriminazione, le infrastrutture aeroportuali e di coordinare e controllare le attività dei vari operatori privati presenti nell'aeroporto o nel sistema aeroportuale considerato. L'idoneità del gestore aeroportuale a espletare le attività di cui al presente comma, nel rispetto degli standard tecnici di sicurezza, è attestata dalla certificazione rilasciata dall'ENAC."

<sup>12</sup> D.Lgs.n. 175/2016, art. 5, comma 3 "L'amministrazione invia l'atto deliberativo di costituzione della società o di acquisizione della partecipazione diretta o indiretta alla Corte dei conti, a fini conoscitivi, e all'Autorità garante della concorrenza e del mercato, che può esercitare i poteri di cui all'articolo 21-bis della legge 10 ottobre 1990, n. 287."

#### **4. Riflessioni sulle procedure di cessione delle partecipazioni societarie**

Le riflessioni che seguono prendono le mosse dall'orientamento espresso dalla giurisprudenza amministrativa<sup>13</sup> rispetto alle cessioni di quote nelle società pubbliche e da quanto affermato dall'ANAC nella delibera del 10 giugno 2020 n. 494.

La giurisprudenza amministrativa mostra grande attenzione alle società pubbliche e alle vicende societarie soprattutto quando la società è concessionaria di un servizio pubblico. Il mutamento della compagine societaria deve avvenire tramite procedura ad evidenza pubblica e laddove il nuovo socio privato acquista una percentuale di maggioranza, diventando socio operativo, è necessario che possieda determinate capacità tecniche ed economiche. Secondo i giudici amministrativi con l'ingresso di un nuovo socio operativo nel capitale sociale si realizza un *parallelo fenomeno di circolazione dell'affidamento*<sup>14</sup>. Vi è quindi una differente modalità di scelta tra socio operativo e socio finanziatore in quanto il nuovo socio operativo deve possedere caratteristiche finanziarie e tecnico-operative che gli consentano di svolgere il suo ruolo nella società concessionaria di servizio pubblico. Il socio pubblico, nella procedura di gara per la cessione delle sue quote, deve valutare l'offerta economicamente più vantaggiosa proveniente dall'offerente che, in caso di acquisto di quote di maggioranza, deve possedere anche maggiori capacità tecniche. Tale attenzione alle competenze del socio operativo entrante in una società concessionaria di servizio pubblico è prevista solo nel caso in cui il socio cedente sia un soggetto pubblico. Ne deriva un'evidente differenza rispetto alla modalità con cui avviene la cessione di quote di una società concessionaria di servizio pubblico tra soci privati. Riprendendo l'operazione societaria avvenuta nella SOGEAR S.p.A., si è visto come la cessione di quote tra privati avviene senza una procedura ad evidenza pubblica ma è principalmente dettata dalle logiche del mercato.

La delibera ANAC n. 494 del 10 giugno 2020 ha ripreso il concetto sostenuto dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui attraverso la cessione di quote di maggioranza di una società concessionaria si verifica un fenomeno di circolazione dell'affidamento. L'ANAC si è espressa in relazione alla vicenda dell'acquisto delle quote della società di gestione dell'aeroporto di Bolzano e ha deliberato che *l'ingresso del socio privato nella compagine societaria per effetto dell'acquisizione dell'intero pacchetto azionario determina di fatto una modifica del profilo soggettivo del titolare della concessione già gestita dalla società in mano pubblica*. Occorre però considerare che l'affidamento della concessione e le operazioni societarie del gestore sono due aspetti differenti e sottoposti ad un quadro regolatorio ed un perimetro normativo diverso e non sovrapponibile. L'affidamento della concessione della gestione dell'aeroporto avviene a seguito di una procedura di gara ex art. 704 CdN, con la stipula di una convenzione tra ENAC e la società, seguito dal Decreto dei Ministeri vigilanti. È quindi la società di capitale, e non i soci, a stipulare con ENAC la Convenzione che

---

<sup>13</sup> Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 18 dicembre 2009 n.8376; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 28 settembre 2016 n.4014.

<sup>14</sup> *“Ogniqualevolta - attraverso il ricorso ad operazioni di carattere straordinario destinate a mutare la compagine di una società che abbia ottenuto l'affidamento diretto o tramite gara di un servizio pubblico - si pervenga al risultato di dar vita a una società mista oppure, alternativamente, al risultato di modificare il profilo soggettivo del gestore del servizio pubblico già affidato (mediante l'associazione al capitale e alla gestione di nuove figure imprenditoriali o la sostanziale sostituzione delle imprese originariamente affidatarie), allora si realizza in via derivata anche un diverso affidamento del servizio pubblico”* (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 18 dicembre 2009 n. 8376).

regola diritti e doveri nella gestione dell'aeroporto. La società di capitale ha una propria personalità giuridica differente e autonoma rispetto a quella dei soci, ciò la differenzia dalle società di persone. Non si può escludere che la scelta del legislatore, riguardo al modello delle società di capitali per la gestione delle infrastrutture aeroportuali, fosse anche legata a quest'ultimo aspetto<sup>15</sup>. Pertanto sovrapporre la società e i soci rischia di generare una confusione tra due soggetti giuridicamente separati: la società affidataria del servizio e i soci.

## **5. Conclusioni**

A conclusione di quanto analizzato ci si interroga se i soci privati nelle società concessionarie debbano avere particolari competenze e/o caratteristiche e se sia coerente che il socio pubblico debba individuare il nuovo socio privato con una procedura di gara mentre una cessione di partecipazioni tra privati avviene tramite un accordo e/o contratto. Nella procedura ad evidenza pubblica sono valutati il possesso dei requisiti soggettivi ex art 80 D.Lgs. 50/2016 ed eventualmente anche quelli di carattere tecnico – operativo del nuovo socio, diversamente nella cessione di quote tra privati non vi è alcuna valutazione dei requisiti sopra descritti.

Di fatto il ruolo che il socio privato svolge nella società concessionaria è il medesimo sia che il suo acquisto sia avvenuto al termine di una procedura di gara sia dopo una contrattazione privata. Pertanto, pur non dimenticando che la procedura ad evidenza pubblica è una disciplina pubblicistica, la sproporzione tra le due modalità di cessione di quote suscita qualche dubbio sulla coerenza del sistema. Il settore del trasporto aereo svolge un ruolo fondamentale nell'economia nazionale e l'ingresso di nuovi soci nelle società concessionarie è, ovviamente, un indice di un settore economico in movimento e va accolto con favore soprattutto nel momento di grande crisi causata dalla pandemia in corso. La normativa influisce notevolmente sull'economia e tanto più è chiara e precisa tanto più gli operatori economici saranno invogliati ad investire; ad oggi le società di gestione degli aeroporti fanno riferimento ad una normativa di settore del 1997 che non sembra più adeguata e meriterebbe un'attenta revisione da parte del legislatore. È necessario quindi rendere la disciplina più vicina alle attuali esigenze delle società, così da incentivare gli investitori ad entrare nel mercato, attribuendo all'Autorità e agli Enti di settore una vigilanza sulla società concessionaria tanto sulle operazioni societarie quanto sul rispetto della concessione di servizio pubblico che le è stata affidata.

---

<sup>15</sup> Si veda anche *Natura giuridica e ruolo delle società di gestione aeroportuale*, Atti del seminario 15 aprile 2016, Demetra centro studi, Roma, 2016, in modo particolare D. MAFFEO, *Ragioni di riflessione sulla natura giuridica delle società di gestione*.

*Note a sentenza*

**Il delicato rapporto tra compensazione pecuniaria e risarcimenti supplementari nel Regolamento (CE) n. 261/2004: obblighi di protezione e diritti dei passeggeri\***

**Giuseppina Agata Di Guardo**

*Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche – Università degli Studi di Roma “G. Marconi”  
Funzionario Ispettivo ENAC, Direzione Aeroportuale Toscana*

---

**Abstract**

*The slight relationship between compensation and further compensation in Regulation (EC) No. 261/2004: protection obligations and passengers' rights*

*With this order, the European Court of Justice gives a preliminary ruling concerning the relationship between compensation pursuant to art. 7 and further compensation pursuant to art. 12 of Regulation (EC) no. 261/2004 in the context of a prolonged delay of a flight as part of a package holiday. It is an opportunity to discuss the bases, purposes and future perspectives of the protection obligations and passenger assistance measures provided for by European legislation.*

*Key words: Passenger rights, Protection and safeguarding obligations, Compensation, Further Compensation*

---

Sommario — 1. Il caso: il quadro normativo di riferimento e la questione pregiudiziale — 2. Breve *excursus* della disciplina in tema di obblighi di salvaguardia verso i passeggeri — 3. Gli ancora controversi rapporti tra compensazione pecuniaria e risarcimenti supplementari per il ritardo aereo sullo sfondo di un contratto di pacchetto turistico: la soluzione offerta dalla Corte di Giustizia UE — 4. Conclusioni

**1. Il caso: il quadro normativo di riferimento e la questione pregiudiziale**

L'ordinanza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea qui annotata fornisce risposta ad una questione pregiudiziale<sup>1</sup> sollevata dall'*Amstgericht di Köln* (Tribunale distrettuale

---

\* Sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Sulla competenza pregiudiziale della Corte di Giustizia, regolata dall'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (già art. 234 TCE e, prima ancora, art. 177 TCEE), si vedano R.

di Colonia), relativa all'interpretazione dell'art. 12 del Regolamento (CE) n. 261/2004, disciplinante i risarcimenti supplementari, in rapporto all'art. 7 del suddetto Regolamento in tema di diritto a compensazione pecuniaria<sup>2</sup>. La Corte torna, dunque, nuovamente a pronunciarsi su questo delicato tema, in relazione ad una vicenda di significativo ritardo del volo che un turista avrebbe acquistato nell'ambito di un pacchetto turistico fornitogli dal *tour operator DER Touristik* e comprensivo di un viaggio per due persone a Tenerife per il periodo dal 2 luglio al 17 luglio 2017 per un prezzo totale di 2.809,00 euro. Il volo di andata della compagnia aerea Condor, incluso nel pacchetto, che era previsto per il 2 luglio 2017 alle ore 11.40, aveva, dunque, subito un notevole ritardo, tale da determinare il mancato soggiorno del passeggero per due notti presso l'albergo prenotato (incluso nel viaggio), sulla base di un prezzo di 188 euro a notte. Inoltre, il soggetto, affetto da una infezione cronica, sosteneva di avere subito un aggravamento della stessa, a causa del notevole ritardo del volo, dovendosi, in aggiunta, sottoporre ad un trattamento medico durante il suo soggiorno a Tenerife e ad una iniezione intramuscolare il 7 luglio 2017, lamentando la presenza di forti dolori. Il passeggero aveva, dunque, ottenuto una compensazione pecuniaria di 800 euro pagata dalla Condor, ai sensi dell'art. 7 del Regolamento (CE) n. 261/2004, ma, in aggiunta, aveva richiesto il rimborso delle spese sostenute (pari a 252 euro) per il trattamento sanitario effettuato, nonché un risarcimento (pari a 300 euro) per vacanza rovinata a causa del dolore e del tardivo arrivo a destinazione ed, infine, una riduzione di 376 euro del prezzo del viaggio, poiché non aveva potuto soggiornare per due notti nella struttura alberghiera prenotata.

Il Tribunale distrettuale di Colonia, pertanto, richiede alla Corte di Giustizia la risoluzione del quesito relativo alla circostanza se la somma pagata dalla Condor a titolo di compensazione, ex art. 7 Regolamento n. 261/2004, possa essere dedotta, come richiede il *tour operator* dalla riduzione del prezzo di viaggio richiesta al medesimo dal passeggero, poiché il ritardo all'arrivo a destinazione costituirebbe anche una non conformità del viaggio, sulla base della quale, ai sensi dell'art. 651 d (in vigore al momento dei fatti<sup>3</sup>) del *Bürgerliche Gesetzbuch* (Codice civile tedesco), il viaggiatore

---

ADAM, A. TIZZANO, *Manuale di Diritto dell'Unione Europea*, Torino, 2014, p. 341 ss., nonché U. DRAETTA, *Elementi di Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2018, p. 302 ss.

La finalità di tale competenza in origine era quella di garantire, grazie alla presenza di un organo giurisdizionale *ad hoc*, "l'uniformità dell'interpretazione del diritto (allora) comunitario (...). Col tempo la competenza pregiudiziale è stata utilizzata per finalità ben più estese di quella appena illustrata". Così R. ADAM, A. TIZZANO, op. cit., p. 343, i quali pongono in luce la circostanza che, proprio nell'esercizio della competenza in esame, sovente la Corte non si sia limitata all'interpretazione delle specifiche nozioni in causa, giungendo invece a rilevare i principi cardine dell'ordinamento giuridico dell'Unione in ambiti molteplici e rilevantissimi. È, del resto, anche quanto accaduto in tema di tutela dei diritti dei passeggeri, il cui novero è stato (e continua ad essere) ampliato in via interpretativa. Per una disamina generale della portata degli interventi della Corte di giustizia si veda L. TULLIO, *Interventi interpretativi della Corte di giustizia europea sul Reg. (CE) n. 261/2004*, in *Dir. trasp.* 2009, p. 367 ss.

<sup>2</sup> In merito al rapporto delle due disposizioni v. specificamente S. BUSTI, *La responsabilità del vettore aereo per danni da ritardo*, in L. TULLIO (a cura di), *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento della Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999*, Napoli 2006, p. 177 s.; M. BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri in caso di negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo prolungato. Normativa vigente e prospettive di riforma*, Torino, 2013, p. 92 ss.; V. CORONA, *Il risarcimento per inadempimento degli obblighi di assistenza*, in *Dir. trasp.*, 2012, p. 204 ss.; L. ANCIS, *Contratto di trasporto aereo*, Milano, 2011, p. 877 s.; L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, in *Dir. trasp.*, 2013, p. 362 s.

<sup>3</sup> La disposizione attuale, frutto della nuova legge sui contratti di viaggio tutto compreso, in vigore dal 1° luglio 2018 e attuante la direttiva (UE) 2015/2302 sui viaggi organizzati e sui servizi di viaggio correlati,

aveva diritto ad una riduzione del prezzo e/o ad un risarcimento dei danni, se i servizi di viaggio non fossero stati erogati o forniti correttamente.

Il giudice del rinvio, invero, avanza dubbi in relazione alla possibilità di dedurre la compensazione erogata ai sensi dell'art. 7 del Regolamento n. 261/2004, dal rimborso derivante dalla riduzione del prezzo di viaggio e, in proposito, cita argomentazioni sia favorevoli che contrarie a tale deducibilità. Inoltre, menziona giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (Corte federale di Giustizia) favorevole ad una interpretazione ampia dell'art. 12 del suddetto Regolamento, decidendo, pertanto, di sospendere il procedimento e sottoporre, ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea, la seguente questione pregiudiziale: *"Se i diritti di un viaggiatore ad una riduzione di prezzo di un viaggio, ai sensi del codice civile tedesco, in ragione della non conformità del volo dovuta ad un ritardo, costituiscono diritti ad un risarcimento supplementare ex art. 12 Regolamento n. 261, e se la compensazione pecuniaria accordata ai sensi dell'art. 7 della predetta disciplina possa essere dedotta dall'importo accordato a titolo di risarcimento per tali diritti"*.

L'ordinanza della Corte di Giustizia in esame, dunque, affronta in prospettiva generale, temi connessi al problema della tutela del turista per l'inadempimento parziale o inesatto della prestazione di trasporto aereo, in particolare a causa del prolungato ritardo di un volo facente parte di un più ampio pacchetto turistico<sup>4</sup>. Al fine di comprendere quale ruolo e quali responsabilità siano riconducibili al *tour operator* ed alla compagnia aerea sembra utile analizzare in breve i suddetti fatti alla luce del quadro normativo vigente e degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali più attuali in tema di obblighi di protezione/salvaguardia in favore dei passeggeri e le rispettive nature e rapporti tra i due istituti della compensazione pecuniaria e dei risarcimenti supplementari di cui al Regolamento n. 261, tentando di tracciare la ratio degli stessi anche in prospettiva de iure condendo, alla luce della proposta della Commissione Europea per la modifica del Regolamento (CE) n. 261/2004<sup>5</sup> e della risoluzione legislativa del Parlamento Europeo del 5 febbraio 2014<sup>6</sup>.

## **2. Breve excursus della disciplina in tema di obblighi di salvaguardia verso i passeggeri**

La crescente attenzione verso le esigenze dei passeggeri ha condotto ad una progressiva dilatazione dei contenuti del contratto di trasporto aereo, che ormai comprende prestazioni che non sempre è agevole spiegare nei termini della responsabilità contrattuale per inadempimento o ritardo<sup>7</sup>. In prospettiva generale, tale evoluzione si

---

è il § 651 i, intitolato *"Rechtliches Reisenden bei Reisemängeln"* (Diritti del viaggiatore in caso di non conformità/difetti del viaggio).

<sup>4</sup> Su tale tipologia contrattuale cfr. nota n. 41.

<sup>5</sup> Per l'analisi dei contenuti della proposta v. K. ARNOLD, *EU Air Passenger Rights: Assessment of the Proposal of the European Commission for the Amendment of Regulation (CE) n. 261/2004*, in *Air and Space Law*, 2013, p. 403 ss.

<sup>6</sup> Il Parlamento europeo ha presentato una ampia congerie di emendamenti alla proposta di revisione del Regolamento n. 261/2004 formulata dalla Commissione europea. Si veda la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 5 febbraio 2014, P7 TA 2014, n. 92.

<sup>7</sup> Si pronuncia in tali termini L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, cit., p. 363, secondo il quale *"Oltre ai comportamenti cui il vettore è obbligato per tutelare l'incolumità del passeggero, il regolamento europeo ne aggiunge altri, sempre a concretare l'obbligazione di protezione, che si sostanziano nell'assistenza e che sono specificamente dettagliati. Allora l'obbligazione di protezione non significa soltanto predisporre tutto quanto serve per evitare che il passeggero subisca un infortunio, ma si allarga*

incardina nel più ampio processo di superamento<sup>8</sup> della concezione romanistica di obbligazione, caratterizzata dai suoi limiti entro i confini della prestazione concordata. A causa di questa evoluzione, accanto all'interesse alla corretta esecuzione della prestazione (il c.d. *Leistungsinteresse*), comincia, pertanto, a venire in rilievo il *Schutzinteresse*, ossia l'interesse alla protezione, funzionale alla salvaguardia delle sfere giuridiche che la relazione dei contraenti pone a repentaglio<sup>9</sup>. Il tratto che caratterizza gli obblighi di protezione, rendendoli operativi su più livelli all'interno dell'ordinamento giuridico di volta in volta analizzato, è costituito principalmente dalla loro autonomia, sia funzionale che normativa. Essi, infatti, all'interno del rapporto obbligatorio, forniscono espressione a determinati interessi – diversi, come accennato, da quello finalizzato al conseguimento della prestazione pattuita – che consistono, in generale, in un'aspettativa di ciascuna parte affinché l'attuazione del rapporto non cagioni indirettamente un danno alla persona o al patrimonio. Del resto, tali obblighi sorgono in capo alle parti a prescindere da una loro volontà (espressa o anche tacita) in tal senso, poiché è la legge medesima a comportare l'effetto che gli interessi corrispondenti assumano valenza giuridica all'interno dell'ordinamento<sup>10</sup>: si tratta cioè di obblighi che concretizzano le clausole generali di buona fede e correttezza, in Italia regolate dagli artt. 1175 e 1375 c.c., espressione del principio di solidarietà sociale (ex art. 2 Costituzione). Una simile configurazione degli obblighi di protezione consente loro di produrre conseguenze ed avere influenza sia sulla tematica della struttura del rapporto obbligatorio, che su quella della qualificazione della responsabilità. Ammettendo la vigenza di tali obblighi come concretizzazione delle clausole generali di buona fede e correttezza, si rinnova la concezione stessa di obbligazione, poiché la sua struttura non si riduce più al rapporto di debito-credito relativo alla prestazione principale concordata, bensì si arricchisce di ulteriori complessi di rapporti che portano in seno all'obbligazione anche – appunto – l'interesse di protezione relativo alla sfera giuridica soggettiva delle parti. In tal modo l'obbligazione, come integrata *ex lege* nel

---

*a comprendere tutto ciò che serve per evitare che il passeggero subisca un certo disagio, anche prescindendo da un infortunio*". Su tale tema si veda anche M. BRIGNARDELLO, op. cit., p. 91.

<sup>8</sup> Tale processo si deve inizialmente alle riflessioni della dottrina tedesca (in particolare a H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904; trad. it. *Le violazioni positive del contratto*, Napoli, 2001), che ha elaborato la dogmatica degli obblighi di protezione per porre rimedio alle lacune del BGB in materia di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Essa, dunque, cominciò ad interrogarsi sulla possibilità di concepire il rapporto obbligatorio come struttura complessa, destinata ad operare entro due coordinate: la prestazione e la protezione, entrambe da ascrivere nell'ambito della responsabilità contrattuale. Nel corso del tempo, tuttavia, questa categoria ha assunto una portata più generale che ne ha consentito la sopravvivenza anche a seguito della legge di modernizzazione del diritto delle obbligazioni del 2002 (che ha colmato le lacune in questione), e che ne ha permesso l'impiego anche in differenti ordinamenti, quale quello italiano, ma anche francese (v. *l'obligation de sécurité*), nonché negli ordinamenti di *common law* nei quali si fa riferimento ad un *duty of care* in capo al vettore con riferimento alle persone che sono a bordo. In merito agli obblighi di protezione in generale esiste una amplissima letteratura. In particolare, v. H. STOLL, *Abschied von der Lehre der positiven Vertragsverletzungen*, in Arch. civ. Pr. 136, 1932, p. 288 ss.; L. MENGONI, *Obbligazioni di risultato ed obbligazioni di mezzi*, in Riv. dir. comm., 1954, I, p. 185 ss.; F. BENATTI, *Osservazioni in tema di doveri di protezione*, in Riv. trim., 1960, p. 1342 ss.; C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione e tutela del terzo*, in Jus, 1976, p. 123 ss.; C.W. CANARIS, *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, in Riv. crit. dir. priv. 1983, p. 793 ss.

<sup>9</sup> In questi termini L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 41.

<sup>10</sup> In proposito, è stato sostenuto che è la legge "che inserisce autoritativamente il dovere di protezione, come effetto legale, nella struttura della fattispecie e nella dinamica del rapporto contrattuale". Così G. MASTRANDREA, *L'obbligo di protezione nel trasporto aereo di persone*, Padova, 1994, p. 62.

quadro di un ordinamento solidaristico, cessa di essere un mezzo volto alla soddisfazione dell'esclusivo interesse della parte ad ottenere il risultato complessivamente utile che si era proposta, per assumere anche una funzione di tutela sociale che prescinde dalle valutazioni individuali di convenienza della parte creditrice. Sul versante della qualificazione della responsabilità, invece, la teoria degli obblighi di protezione ha ampliato i confini di quella contrattuale, attraendo in seno ad essa situazioni di lesione che, seppure non costituenti un inadempimento contrattuale, tuttavia sono strettamente ricollegabili all'attuazione del rapporto obbligatorio.

Pertanto, il contratto di trasporto rappresenta da sempre una delle fattispecie maggiormente trattate nello studio degli obblighi di protezione a causa dell'elemento di rischio che lo caratterizza, ma, ancor di più, in ragione delle sue complesse dinamiche esecutive. In particolare, soprattutto nel trasporto di persone ed in particolare in quello aereo, l'obbligo di protezione dovrebbe considerarsi a "contenuto aperto"<sup>11</sup>, non potendosi prevedere in anticipo quale tipologia di condotta sarà necessaria per il suo adempimento, dipendendo dal tipo di mezzo impiegato, dal suo livello tecnico, nonché da tutte le altre situazioni verificatesi al momento dell'esecuzione<sup>12</sup>. Il dovere di vigilare e avere cura del soggetto trasportato risulta coesistente all'obbligo di trasportare e non una mera specificazione di quest'ultimo, rappresentando, inoltre, il termine di riferimento di una distinta fattispecie di responsabilità contrattuale<sup>13</sup>. In verità, comunque, altra autorevole dottrina ha negato autonomia alla categoria degli obblighi di protezione sia in generale<sup>14</sup>, sia in riferimento al contratto di trasporto<sup>15</sup>, ritenendo che quando il rapporto sia suscettibile di coinvolgere l'integrità personale sarebbe ascrivibile all'essenza stessa della prestazione la circostanza di dovere essere realizzata senza danno.

Tuttavia, occorre rilevare come l'essenzialità dell'obbligazione di protezione sia oggi generalmente riconosciuta: secondo autorevole opinione, infatti, "il vettore, obbligandosi a trasferire il passeggero si obbliga anche alla fornitura dello spazio; obbligandosi alla fornitura dello spazio, si obbliga anche a proteggere il passeggero"<sup>16</sup>.

<sup>11</sup> Così G. MASTRANDREA, *op. cit.*, p. 11.

<sup>12</sup> *Ibid.*, loc. cit. Nello stesso senso L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, cit., p. 359, secondo il quale sul vettore "incombe un'obbligazione complessa, che comprende condotte non tipizzate, nel senso che normalmente non sono specificate in dettaglio dalla legge (...) In linea di massima si può dire che tali comportamenti si sostanziano non solo nell'allestire un mezzo di trasporto sicuro e uno spazio al suo interno idoneo all'allocatione dei passeggeri, ma anche nel fornire un servizio di trasporto adeguato".

<sup>13</sup> Così G. MASTRANDREA, *op. cit.*, p. 8, nonché nel medesimo senso C. CASTRONOVO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 145.

<sup>14</sup> In questi termini U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, in *Tratt. dir. civ. comm.* Cicu e Messineo, Milano, 1974, p. 16. Anche C.M. BIANCA si esprime nello stesso senso (Diritto Civile, IV, *L'obbligazione*, Milano, 2019, p. 94) affermando che a ciascun debitore si richiede un comportamento obiettivamente adeguato ad evitare l'evento dannoso e che quest'ultimo costituisce "parte integrante della prestazione dovuta senza che si debbano costruire artificiosamente altri obblighi".

<sup>15</sup> Secondo A. ASQUINI, *La responsabilità del vettore per infortunio del viaggiatore*, in *Riv. dir. comm.*, 1919, II, p. 358, poiché il trasporto mantiene l'utilità attesa solo quando il passeggero sia arrivato a destinazione indenne, l'ordinamento imporrebbe al vettore non solo il trasferimento, ma anche tutti quei comportamenti costituenti il mezzo necessario perché ciò possa avvenire. Anche S. BUSTI, *Il contratto di trasporto aereo*, Milano, 2001, p. 154 s., sostiene che: "Incolunità od integrità di persone o cose, tempestività e rapidità nel trasporto delle stesse connotano l'obbligazione del vettore aereo, della quale non sembra possibile alcuna scomposizione in elementi più o meno distinti e suscettibili di diversa qualificazione l'uno dall'altro".

<sup>16</sup> In questi termini, L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, cit., p. 358, il quale pone in evidenza come il principio della buona fede oggettiva nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c. non sia fonte

Pertanto, l'evoluzione tecnologica e i profondi mutamenti intervenuti nel sistema del trasporto di persone non hanno modificato l'obbligo di protezione a carico delle compagnie aeree rispetto all'obbligazione di trasferimento, così come i suoi tratti di essenzialità ed autonomia. Piuttosto, a risultare profondamente trasformati sono stati i contenuti della salvaguardia a carattere obbligatorio. In verità, accanto all'obbligo di far giungere al passeggero a destinazione, evitando di cagionargli infortuni, il contenuto della protezione obbligatoria è andato estendendosi per ricomprendere prestazioni che evitino al passeggero uno stato di ansia/disagio o di semplice sofferenza psichica o interiore<sup>17</sup>, stati che sono presenti nella vicenda trattata dalla pronuncia che qui si annota. La consapevolezza nel passeggero di non potere giungere a destinazione secondo le attese determina, invero, una situazione talmente particolare al cospetto della quale l'ordinamento giuridico europeo ha reagito apprestando rimedi del tutto peculiari, caratterizzati da un approccio molto diverso da quello civilistico tradizionale e da quello seguito in altri rami del diritto.

L'attuale disciplina europea ha, infatti, in altri termini, anticipato la soglia della protezione obbligatoria, con lo scopo di neutralizzare situazioni di disagio derivanti da mancato o inesatto (come nel caso qui analizzato) trasporto<sup>18</sup>, le quali non concretano certamente il pericolo di lesioni personali o infortuni, determinando così il confluire nel rapporto obbligatorio di valori o interessi differenti da quelli precisamente avuti di mira dalle parti al momento della conclusione del contratto<sup>19</sup>. Il miglioramento delle prerogative dei passeggeri rappresenta, infatti, la direzione verso cui si spinge l'evoluzione della disciplina del trasporto aereo negli ultimi anni. In effetti, in questa direzione si è posto il Regolamento n. 261/2004, il quale ha rappresentato un rilevante

---

dell'obbligazione di protezione, bensì rafforzati e dia contenuto all'obbligo di fornire lo spazio, trasformando quest'ultimo in quello di ricevere una adeguata sistemazione a bordo e, dunque, in definitiva, di proteggere il passeggero.

<sup>17</sup> Secondo l'opinione di B. IZZI, *La tutela della persona nel caso di overbooking. I limiti di ammissibilità del danno da noia*, in M. DEIANA (a cura di), *Studi su: negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, Cagliari, 2005, p. 214, nel quale l'autore fa riferimento alla "condizione esistenziale dell'essere svuotato o trattenuto che Martin Heidegger chiama noia, accomuna molte delle situazioni in cui si trova l'uomo moderno, ed in queste va annoverata l'attesa dell'imbarco su un aeromobile".

<sup>18</sup> Nel trasporto aereo il passeggero può incorrere, invero, in contrattempi, suscettibili di generare anche gravi disagi e danni, a causa essenzialmente di cancellazione, negato imbarco e ritardo (trattati dal Regolamento (UE) n. 261/2004), i quali (fatta eccezione per alcuni profili riguardanti il ritardo) sono eventi ulteriori e diversi rispetto a quelli che comportano danni all'incolumità personale del medesimo e ai suoi bagagli, oggetto invece della Convenzione di Montreal del 1999 sui trasporti aerei internazionali, cui rinvia la riformata parte aeronautica del codice della navigazione per i voli interni. La normativa europea, a partire dal precedente Regolamento (CEE) n. 295/1991 del Consiglio del 4 febbraio 1991 contenente "Norme comuni relative ad un sistema di compensazione per negato imbarco nei trasporti aerei di linea", ha avuto la finalità, in un certo senso, "di colmare le lacune presenti nella disciplina internazionale uniforme, tentando di trovare un equilibrio tra le esigenze del passeggero, quale parte contrattuale più debole, e quelle dei vettori aerei, i quali vedrebbero aggravata sotto il profilo economico la loro posizione se dovessero essere tenuti a farsi carico anche di ogni minimo disagio sopportato dai loro clienti". Tuttavia, tale regolamento aveva un ambito di applicazione piuttosto ristretto, disciplinando soltanto il fenomeno dell'overbooking in relazione ad un volo di linea sovra-prenotato in partenza da un aeroporto comunitario, non considerando i voli *charter* e quelli in partenza da aeroporti extracomunitari e diretti in aeroporti comunitari operati da vettori comunitari, ma, soprattutto, non tenendo conto di altri eventi fonte di notevole disagio per i passeggeri quali la cancellazione del volo e i ritardi prolungati alla partenza dell'aeromobile. In questi termini, cfr. M. BRIGNARDELLO, op.cit., p. 1.

<sup>19</sup> In questi termini L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit., p. 90, secondo il quale la funzione degli obblighi di protezione è quella di "estendere la tutela contrattuale ad interessi che non hanno formato oggetto di obbligazione".

miglioramento nella tutela dei diritti dei passeggeri, se si pensa che rispetto all'abrogato Regolamento (CEE) n. 291/1995, esso ha disciplinato un maggior numero di eventi suscettibili di determinare contrattempi e disagi per i passeggeri, risultando, inoltre, più ampio il relativo ambito applicativo<sup>20</sup> e più articolata la normativa dedicata alle misure che le compagnie aeree devono adottare nei confronti dei passeggeri, in ragione della situazione di affidamento e dipendenza del passeggero, impossibilitato a provvedere autonomamente alle sue esigenze in circostanze quali quelle, a titolo di esempio, formanti la base dell'ordinanza che qui si annota. Il requisito in base al quale lo status di affidamento del passeggero acquista rilevanza nei riguardi della compagnia aerea risulterebbe, dunque, il contatto qualificato tra i due<sup>21</sup>. Chiaramente le misure di assistenza<sup>22</sup> (trattate dal Regolamento n. 261 all'art. 9), volte a tutelare la persona del passeggero dai rilevanti ed innegabili disagi che le attese prolungate possono cagionare alla sua integrità psico-fisica, nascono come prestazioni di solidarietà sociale, espressione dei menzionati obblighi di protezione e finalizzati a scongiurare il verificarsi di lesioni. Essi, dunque, si porrebbero in una fase antecedente alla produzione del danno, trattandosi non di obblighi risarcitori, ma di obblighi di diligenza<sup>23</sup>. Appare importante avere effettuato tale inquadramento per rilevare i tratti distintivi delle misure (compensazione pecuniaria<sup>24</sup> e risarcimenti supplementari<sup>25</sup>) trattate dall'ordinanza qui

---

<sup>20</sup> In particolare, l'ambito di operatività della nuova disciplina venne esteso fino a ricomprendere anche i voli non di linea e quelli in partenza da aeroporti extracomunitari verso l'Unione, purché operati da un vettore comunitario. Cfr. M. WOUTERS, *A new European Regulation 261/2004 on compensation and assistance in the event of denied boarding, cancellation or long delay of flights, extends the rights of air passengers*, in *European Transport Law*, 2004, p. 153 ss.

<sup>21</sup> In questi termini C.W. CANARIS, *Norme di protezione*, cit., p. 827, secondo il quale: "Sotto il profilo dogmatico, l'idea dell'affidamento ha la funzione di costituire il fondamento della responsabilità, mentre l'aspetto del contatto negoziale ha la funzione di delimitarla".

<sup>22</sup> Secondo l'art. 9 del Regolamento (CE) n. 261/2004 "il passeggero ha diritto a titolo gratuito: a) a pasti e bevande in congrua relazione alla durata dell'attesa; b) alla sistemazione in albergo: — qualora siano necessari uno o più pernottamenti, o — qualora sia necessario un ulteriore soggiorno, oltre a quello previsto dal passeggero; c) al trasporto tra l'aeroporto e il luogo di sistemazione (albergo o altro). 2. Inoltre, il passeggero ha diritto ad effettuare a titolo gratuito due chiamate telefoniche o messaggi via telex, fax o posta elettronica. 3. Nell'applicare il presente articolo il vettore aereo operativo presta particolare attenzione ai bisogni delle persone con mobilità ridotta e dei loro accompagnatori, nonché ai bisogni dei bambini non accompagnati".

<sup>23</sup> In tal senso v. V. CORONA, *La natura delle prestazioni di assistenza del vettore aereo in caso di ritardo*, in *Dir. trasp.*, 2006, p. 872.

<sup>24</sup> L'art. 7 del Regolamento (CE) n. 261/2004, rubricato "Diritto a compensazione pecuniaria" dispone al comma 1: "1. Quando è fatto riferimento al presente articolo, i passeggeri interessati ricevono una compensazione pecuniaria pari a: a) 250 EUR per tutte le tratte aeree inferiori o pari a 1 500 chilometri; b) 400 EUR per tutte le tratte aeree intracomunitarie superiori a 1 500 chilometri e per tutte le altre tratte comprese tra 1 500 e 3 500 chilometri; c) 600 EUR per le tratte aeree che non rientrano nelle lettere a) o b). Nel determinare la distanza si utilizza come base di calcolo l'ultima destinazione per la quale il passeggero subisce un ritardo all'arrivo rispetto all'orario previsto a causa del negato imbarco o della cancellazione del volo". La rubrica dell'art. 7 sembra il risultato della traduzione letterale di "Right of compensation" della versione in lingua inglese. In verità, tale istituto costituisce senza dubbio uno di quelli più controversi dell'intera disciplina regolamentare, fonte di un dibattito non ancora sopito in relazione alla sua natura giuridica. Forse è anche per evitare una posizione netta su di essa che i traduttori hanno optato per una riproposizione letterale della versione inglese, anche se soluzioni molto diverse sono state adottate in Francia con l'espressione "Droit à indemnisation" e tedesca "Ausgleichsanspruch".

<sup>25</sup> Questi sono presi in considerazione dall'art. 12.1 del Regolamento (CE) n. 261/2004, il quale recita: "Il presente regolamento lascia impregiudicati i diritti del passeggero ad un risarcimento supplementare. Il risarcimento concesso ai sensi del presente regolamento può essere detratto da detto risarcimento". Tale norma ha sollevato (e solleva) diverse difficoltà interpretative, soprattutto con riferimento al suo

esaminata, avendo cura di evidenziare come, in particolare, la compensazione risponda, sia pure in via mediata, come si vedrà, all'obiettivo di proteggere i passeggeri, dunque operando indirettamente come misura assistenziale. Al contrario, la logica alla base dei cosiddetti risarcimenti supplementari risulta differente, ponendosi come rimedio modellato sulle concrete esigenze di chi agisce per ottenerli.

### 3. **Gli ancora controversi rapporti tra compensazione pecuniaria e risarcimenti supplementari per il ritardo aereo sullo sfondo di un contratto di pacchetto turistico: la soluzione offerta dalla Corte di Giustizia UE**

Il Regolamento (CE) n. 261/2004 si incentra essenzialmente, come noto, su tre eventi: cancellazione del volo, ritardo prolungato e negato imbarco, individuando per ciascuno di essi le misure che il vettore aereo deve adottare in favore dei passeggeri. Tra i tre eventi, il ritardo aereo costituisce senza dubbio la categoria più problematica, dal momento che, al di là del suo inquadramento, relativamente pacifico in dottrina, nell'ambito della responsabilità per inesatto adempimento<sup>26</sup>, il regolamento n. 261 omette una precisa definizione di ritardo<sup>27</sup>. Dalla nota sentenza *Sturgeon*<sup>28</sup>, al punto 32, si desume che un volo è ritardato “*se l'orario effettivo viene ritardato rispetto all'orario previsto*”.

La rilevanza del ritardo prolungato quale fonte di danno deriva, peraltro, dal tipo di prestazione cui il vettore aereo si impegna: non un trasporto qualsiasi ma un trasporto

---

secondo periodo che richiama da una parte il “risarcimento concesso ai sensi del presente regolamento” e, dall'altra, il “detto risarcimento”, ossia il risarcimento supplementare di cui parla il primo periodo dello stesso articolo. Così M. BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri*, cit., p. 93.

<sup>26</sup> L'inosservanza dei tempi incide sull'esattezza della prestazione, per cui nell'ipotesi di arrivo a destinazione del passeggero in ritardo si determina una situazione di inadempimento non assoluto, ma la prestazione risulta sensibilmente difforme da quella concordata. Su tale inquadramento del ritardo, quale inesatto adempimento del contratto di trasporto aereo, la dottrina sostanzialmente concorda, si vedano, *ex multis*, K. GRÖNFORS, *The concept of delay in Transportation Law, in European transport law*, 1974, p. 400 ss.; S. BUSTI, *Il contratto di trasporto aereo*, Milano, 2011, p. 185; L. TULLIO, *Overbooking o ritardo?*, in *Dir. trasp.* 2001, p. 185.

<sup>27</sup> In dottrina il ritardo è stato definito come “*arrivo non puntuale a destinazione*”, ossia arrivo a destinazione oltre l'orario indicato dal titolo di viaggio, da S. GIACOBBE, *La responsabilità del vettore aereo per ritardo*, in M. DEIANA (a cura di) *Studi su: negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 89. Inoltre, il ritardo preso in esame dal Regolamento (CE) n. 261/2004 riguarda il ritardo alla partenza e non il ritardo all'arrivo. Così M. BRIGNARDELLO, *op. cit.*, p. 45.

<sup>28</sup> Corte di Giustizia delle Comunità Europee, 19 novembre 2009, C 402/07 e C 432/07, in *Dir. mar.*, 2011, p. 106 ss., con nota di M. STUCCHI, *La Corte di Giustizia interviene sui diritti dei passeggeri in caso di ritardo del volo*. Con tale pronuncia il giudice di Lussemburgo, chiamato a pronunciarsi sulle differenze tra cancellazione e ritardo, ne ha ribadito la separazione concettuale, pur consentendone in alcuni casi l'assimilazione ai fini del pagamento del compenso. In particolare, nonostante le due fattispecie siano concettualmente differenti e la lettera del Regolamento (CE) n. 261/2004 sembri escludere una compensazione pecuniaria da ritardo, la Corte prospetta una interpretazione delle norme comunitarie che non sia strettamente letterale e partendo dall'analisi del contesto e degli scopi della disciplina sulla tutela del passeggero aereo afferma che “*non è ammissibile ritenere a priori che i passeggeri di voli ritardati non dispongano del diritto a compensazione pecuniaria*”. Tale nuovo orientamento, pur se criticato da una parte della dottrina (v. V. CORONA, *La compensazione pecuniaria per il ritardo aereo tra diritto positivo e giurisprudenza interpretativa della Corte di Giustizia*, *Dir. trasp.*, 2010, p. 123 ss.) ha determinato una significativa estensione della tutela, applicandosi lo strumento in questione a tutte le ipotesi in cui il passeggero sia giunto a destinazione con oltre tre ore di ritardo complessivo, salvo la prova per la compagnia aerea che il ritardo sia dipeso da circostanze eccezionali che non si sarebbero potute evitare neppure con tutte le misure del caso.

con ragionevole sollecitudine. In relazione a tale obbligo, l'attesa indefinita in aeroporto può determinare una lesione non solo al patrimonio, ma soprattutto alla persona in relazione ai suoi bisogni primari.

Nell'ordinanza qui in esame la Corte di Giustizia (punto 34 dell'ordinanza) afferma che il danno derivante dall'impossibilità del passeggero di pernottare per due notti in hotel, conformemente alla prenotazione del suo pacchetto turistico, trova origine nel lungo ritardo alla partenza del suo volo che ha, dunque, cagionato il ritardato arrivo a destinazione e per il quale il passeggero medesimo è stato risarcito in misura forfettaria (in via immediata e standardizzata, dice la stessa Corte al punto 32), ai sensi dell'art. 7 del Regolamento n. 261. La Corte, rispondendo al giudice del rinvio, ritiene, dunque, che l'art. 12 del Regolamento n. 261 non precluda la richiesta del passeggero di essere risarcito in forza di un diritto alla riduzione del prezzo del viaggio, spettantegli nei confronti del *tour operator* (organizzatore del pacchetto turistico da lui acquistato), in virtù della legge del suo Stato<sup>29</sup>. Questa soluzione si giustifica, poiché quest'ultimo risarcimento è previsto per un *préjudice individualisé* (queste le testuali parole della Corte al punto 36).

Ebbene, la soluzione prospettata dalla Corte di Lussemburgo induce qualche riflessione in merito all'istituto della compensazione pecuniaria, il cui tratto fondamentale è rappresentato dalla circostanza che deve essere corrisposta a tutti i passeggeri indipendentemente dalla prova di avere subito danni<sup>30</sup>. Dal punto di vista del passeggero che ha lungamente atteso un volo (come nel caso qui in esame), ma parimenti anche di quello degli utenti di voli cancellati o di coloro ai quali sia stato negato l'imbarco, essa rappresenta indubbiamente una misura di carattere assistenziale, poiché ha lo scopo di attenuare la situazione di disagio derivante dal mancato rispetto del programma di viaggio.

Quanto alla sua natura giuridica, essa è stata, da alcuni autori<sup>31</sup>, accostata alla clausola penale (ex art. 1382 c.c.<sup>32</sup>), poiché come quest'ultima è dovuta indipendentemente dalla prova del danno, ma altra parte della dottrina ne ha rilevato una sostanziale differenza, rappresentata dalla previsione ex lege della compensazione, mentre la penale è una clausola contrattuale di fonte pattizia, priva della natura di obbligo legale<sup>33</sup>. Vi sono state, poi, le tesi che vedono nella compensazione pecuniaria un indennizzo/indennità<sup>34</sup> e la tesi, prevalente in dottrina e nella giurisprudenza europea (abbracciata anche nell'ordinanza che qui si annota), che vi ravvisa un risarcimento forfettario anticipato di danni presunti<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> In proposito si veda la nota 3.

<sup>30</sup> In questi termini M. STUCCHI, *Il ritardo del volo per guasto tecnico dell'aeromobile*, in *Dir. traspr.*, 2009, p. 902.

<sup>31</sup> Si veda M. DEIANA, *Responsabilità del vettore per negato imbarco e ritardo*, in ID. (a cura di), *Aeroporti e responsabilità*, Cagliari, 2005, p. 123.

<sup>32</sup> Art. 1382 c.c. ("*Effetti della clausola penale*"): "*La clausola, con cui si conviene che, in caso d'inadempimento o di ritardo nell'adempimento, uno dei contraenti è tenuto a una determinata prestazione, ha l'effetto di limitare il risarcimento alla prestazione promessa, se non è stata convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. La penale è dovuta indipendentemente dalla prova del danno*".

<sup>33</sup> Così M. BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri*, cit., p. 61.

<sup>34</sup> Il termine "*indemnisation*" utilizzato nella versione francese del testo degli articoli 7 e 8 del Regolamento (CE) n. 261/2004 può avere favorito tale ricostruzione. Cfr. A. ANTONINI, *Il danno risarcibile nel trasporto di persone*, in L. TULLIO (a cura di), *La nuova disciplina del trasporto aereo. Commento alla Convenzione di Montreal del 28 maggio 1999*, Napoli, 2006, p. 84.

<sup>35</sup> In questi termini M. BRIGNARDELLO, *La tutela dei passeggeri*, cit., p. 63.

Tale strumento, come anche le altre misure di assistenza sopra accennate, non esauriscono il sistema di tutela previsto per il passeggero aereo, al quale è riconosciuta anche la possibilità di agire per il risarcimento di eventuali ulteriori danni<sup>36</sup>. Il passeggero potrebbe, infatti, essere rimasto insoddisfatto dell'atteggiamento tenuto dalla compagnia aerea oppure lamentare un danno ulteriore, di cui comunque dovrebbe provare l'esistenza e l'ammontare.

Nel caso di lunghe attese in aeroporto è agevolmente prospettabile il verificarsi di danni non patrimoniali, quali spesso danni morali, anche se è possibile che in alcuni casi possano manifestarsi anche lesioni temporanee o permanenti all'integrità psicofisica della persona del passeggero<sup>37</sup>, ad esempio una pregressa situazione patologica potrebbe essersi aggravata<sup>38</sup> (come il fatto alla base della causa qui esaminata).

La norma, tuttavia, a causa della sua formulazione non chiara, ha destato numerosi problemi interpretativi, rendendo complesso ricostruire la dinamica dei rapporti tra assistenza e risarcimento<sup>39</sup>. L'art. 12, in particolare, prevede la possibilità per il passeggero di agire in giudizio per il danno supplementare, affermando, tuttavia, testualmente, che il risarcimento concesso ai sensi del regolamento n. 261 possa essere detratto dal risarcimento ulteriore. Si è posto, dunque, il problema se considerare tale detrazione obbligatoria o se i giudici possano stabilire di non procedere in questa direzione. Tale seconda soluzione è stata adottata dall'Avvocato generale della Corte di Giustizia *Sharpston*<sup>40</sup>, il quale ha ritenuto non sussistere alcun obbligo di detrazione della compensazione pecuniaria da quanto dovuto a titolo di risarcimento ulteriore, spettando al giudice nazionale la decisione in merito.

Nel caso qui esaminato, il Tribunale distrettuale di Colonia, in qualità di giudice del rinvio, aveva, come visto, richiesto alla Corte di Giustizia la risoluzione del quesito relativo alla circostanza se la somma pagata al passeggero dalla Condor, a titolo di compensazione, ex art. 7 Regolamento n. 261/2004, potesse essere dedotta, come prospettava il *tour operator* (organizzatore del pacchetto acquistato dal passeggero<sup>41</sup>)

<sup>36</sup> In particolare, sulla possibilità del concorso tra assistenza e risarcimento si vedano le riflessioni di L. ANCIS, *Informazione e assistenza del passeggero nel trasporto aereo*, Napoli, 2017, p. 347 ss.

<sup>37</sup> M. BRIGNARDELLO, op. cit., p. 120.

<sup>38</sup> Così L. TULLIO, *Overbooking, cancellazione e ritardi*, in M. DEIANA (a cura di), *Studi su: negato imbarco, cancellazione del volo e ritardo nel trasporto aereo*, cit., p. 20.

<sup>39</sup> Così L. ANCIS, *Informazione e assistenza del passeggero nel trasporto aereo*, cit., p. 347. Sulle difficoltà interpretative di tale norma v. anche nota n. 26. Sui rapporti tra i due strumenti v. poi B. IZZI, *La tutela della persona*, cit., p. 235 ss.; M. BRIGNARDELLO, op. cit., p. 92 ss.; V. CORONA, *Il risarcimento per inadempimento*, cit., p. 204 ss.; L. TULLIO, *L'obbligazione di protezione*, cit., p. 362 s.

<sup>40</sup> Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale della Corte di Giustizia *Eleanor Sharpston* del 28 giugno 2011, Causa C-83/10, punto 64.

<sup>41</sup> Com'è noto, da un punto di vista generale, in base alla disciplina del contratto di viaggio l'organizzatore è responsabile per l'inadempimento di qualsiasi prestazione che compone il pacchetto turistico. Per quanto concerne la disciplina applicabile nel nostro Paese sembra opportuno delinearne sinteticamente i profili. L'Italia ha ratificato la Convenzione internazionale di Bruxelles del 23 aprile 1970 sul contratto di viaggio (CCV) e l'ha resa esecutiva con la L. n. 1084/1977. Successivamente è intervenuta la direttiva CE/314/90 avente ad oggetto i pacchetti turistici *all inclusive* attuato, nel nostro ordinamento, con il d.lgs. n. 111/1995. Nel 2005 tale decreto è stato abrogato e la sua disciplina – rimasta sostanzialmente invariata – è stata trasfusa, per ragioni di omogeneità, nel c.d. Codice del consumo (ossia nel D.lgs. n. 206/2005). A sua volta la disciplina del Codice del consumo in materia di pacchetti turistici (ossia gli articoli da 82 a 100) è stata formalmente abrogata e riprodotta nel Codice del turismo. In ogni caso, anche prescindendo dall'abrogazione della CCV, la principale normativa di riferimento è costituita dagli articoli 32-51 del suddetto codice. In particolare, la norma chiave che stabilisce la responsabilità del *tour operator* – anche per gli inadempimenti della compagnia aerea – è racchiusa nell'art. 43 comma 2,

dalla riduzione del prezzo di viaggio al medesimo richiesta dal passeggero, poiché il ritardo all'arrivo a destinazione avrebbe rappresentato anche una non conformità del viaggio, sulla base della quale, ai sensi dell'allora vigente art. 651 d del *Bürgerliche Gesetzbuch*, il viaggiatore aveva diritto ad una riduzione del prezzo e/o ad un risarcimento dei danni, se i servizi di viaggio non fossero stati erogati o forniti correttamente. Peraltro, la circostanza che il volo faccia parte di un pacchetto turistico non incide sulla pacifica applicabilità del Regolamento (CE) n. 261/2004 alla fattispecie<sup>42</sup>.

Il giudice del rinvio, invero, avanzava dubbi in relazione alla possibilità di dedurre la compensazione erogata ai sensi dell'art. 7 del Regolamento n. 261/2004 dal rimborso derivante dalla riduzione del prezzo di viaggio e, in proposito, citava argomentazioni sia favorevoli, che contrarie a tale deducibilità. Inoltre, si appellava a giurisprudenza del *Bundesgerichtshof* (Corte federale di Giustizia) favorevole ad una interpretazione ampia dell'art. 12 del Regolamento (CE) n. 261/2004. La Corte di Giustizia, dal canto suo, conferma quest'ultima interpretazione del suddetto articolo, affermando che il medesimo non preclude la possibilità per un passeggero, già risarcito in via immediata e standardizzata ai sensi dell'art. 7, di agire giudizialmente per ottenere, altresì, il risarcimento in forza di un diritto alla riduzione del prezzo di viaggio. Tale diritto gli spetterebbe, infatti, per un danno individualizzato che trova la sua origine in una delle situazioni previste dall'art. 1 n. 1 del Regolamento (CE) n. 261/2004 (il ritardo), nei confronti del suo *tour operator* sulla base della normativa nazionale (in tal caso tedesca), i cui presupposti di risarcibilità compete al giudice nazionale accertare.

---

per il quale "l'organizzatore o l'intermediario che si avvale di altri prestatori di servizi è comunque tenuto a risarcire il danno sofferto dal turista, salvo il diritto di rivalersi nei loro confronti". Nel 2015 è stata emanata, poi, la Direttiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 25 novembre 2015, relativa ai pacchetti turistici e ai servizi turistici collegati, che modifica il regolamento (CE) n. 2006/2004 e la direttiva 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva 90/314/CEE del Consiglio. In Italia tale normativa è stata attuata con il Decreto legislativo, 21/05/2018 n. 62. Sul contratto di pacchetto turistico, v. V. CORONA, *Il contratto di pacchetto turistico*, in *Riv. it. dir. turismo*, 2020, p. 388 ss.

<sup>42</sup> In verità, durante i lavori preparatori del Regolamento n. 261 si era proposto di escluderne l'applicabilità ai voli facenti parte di pacchetti turistici, sul presupposto che il passeggero fosse adeguatamente tutelato dall'allora normativa di riferimento, ossia la Dir. n. 90/314/CEE. Tuttavia, tale normativa non prendeva in esame il problema dei disagi che potessero derivare da lunghe attese in aeroporto, incentrandosi, piuttosto, sugli obblighi e sulle responsabilità dell'organizzatore e del venditore di viaggi e sulle connesse richieste di risarcimento danni. Cfr. M. BRIGNARDELLO, *op.cit.*, p. 145, la quale rileva come fu deciso che il Regolamento n. 261 trovasse applicazione anche in riferimento ad ipotesi di volo facente parte di pacchetto turistico, onde evitare che si potessero determinare disparità di trattamento tra coloro che avessero acquistato un volo autonomo (maggiormente tutelati, grazie al Regolamento n. 261 a fronte di eventi quali la cancellazione, il negato imbarco e il ritardo del volo) e coloro che avessero acquistato un pacchetto turistico, non destinatari di analoghe garanzie e protezione. Peraltro, adesso i diritti dei passeggeri/turisti risultano per taluni aspetti anche maggiori rispetto ai diritti di coloro che hanno acquistato un volo al di fuori di un pacchetto turistico, poiché nel caso di cancellazione del volo, negato imbarco o ritardo prolungato, essi potranno scegliere di agire nei confronti del vettore aereo ex Regolamento n. 261, dell'organizzatore di viaggi in base ora alla nuova Direttiva (UE) 2015/2302 (ed eventualmente alla sua normativa nazionale attuativa di essa, come nel caso che qui si tratta) o di entrambi in base alle rispettive fonti normative.

#### 4. Conclusioni

La soluzione della Corte di Giustizia alla questione pregiudiziale prospettata dal giudice del rinvio di Colonia afferma la piena compatibilità dei due strumenti della compensazione pecuniaria e dei risarcimenti supplementari. I medesimi operano, invero, sulla base di differenti presupposti ed ambiti. Il compenso agisce indirettamente come misura assistenziale (con lo scopo di proteggere i passeggeri) e direttamente come deterrente per le compagnie aeree dalla tenuta di condotte lesive per i passeggeri<sup>43</sup>, a prescindere dall'esistenza di una vera e propria responsabilità. Esso, dunque, come ribadisce il Giudice di Lussemburgo, realizza una protezione immediata e standardizzata, operando in modo orizzontale con strumenti dal contenuto sostanzialmente identico, indipendentemente dal numero degli aventi diritto e dall'entità del sacrificio eventualmente lamentato in concreto dal passeggero. La *ratio* di questa soluzione si riallaccerebbe alla tematica sopra accennata degli obblighi di protezione<sup>44</sup>, i quali determinano l'imposizione sui vettori aerei di misure di tutela (di carattere informativo ed assistenziale) che rispondono ad esigenze solidaristiche<sup>45</sup>, destinate ad andare ben oltre l'interesse delle specifiche parti. La tutela della persona, invero, prescinde dall'imputazione o meno al vettore del danno, in quanto è sufficiente il nesso di occasionalità tra il danno medesimo e l'attività posta in essere nei confronti del passeggero<sup>46</sup>, il quale si trova in una posizione di soggezione e debolezza rispetto al vettore.

Il risarcimento del danno, al contrario, attua una risposta ad un *préjudice individualisé*, necessariamente modellata sulla effettiva e concreta situazione dell'attore e sulle sue esigenze. Richiede, pertanto, la prova del preciso ammontare della perdita subita ed è proprio in questo senso che l'art. 12 del Regolamento (CE) n. 261/2004 è rubricato "*danni supplementari*", ossia per evidenziare che debba trattarsi di somme imputabili a voci di danno ulteriori rispetto a quelle derivanti dal mancato adempimento delle misure obbligatorie di assistenza.

Si è rilevato come, tuttavia, la formulazione delle due norme si presenti a tratti non univoca e chiara ed in questo senso probabilmente inciderà il processo di riforma del Regolamento ancora in corso. In particolare, con riferimento ai rapporti tra compensazione pecuniaria e risarcimento supplementare, il Parlamento europeo con la Risoluzione legislativa del 5 febbraio 2014<sup>47</sup> ha proposto di eliminare la possibilità di detrarre dal risarcimento del danno eventualmente ottenuto l'ammontare della prima, con la conseguenza di rendere assistenza e tutela risarcitoria ordinaria due rimedi

---

<sup>43</sup> Il compenso pecuniario, accanto alla tutela dei passeggeri, avrebbe lo scopo precipuo di "*orientare i vettori a ridurre il più possibile il fenomeno degli inconvenienti del trasporto aereo di passeggeri*". Così L. ANCIS, *Informazione e assistenza del passeggero nel trasporto aereo*, cit., p. 345.

<sup>44</sup> Si veda il secondo paragrafo.

<sup>45</sup> Il cui fondamento è stato ravvisato nel nostro ordinamento nell'art. 2 Cost. o nella tutela costituzionale della libertà di circolazione o in esigenze di ordine pubblico. V. in proposito, il già citato (nota n. 24) orientamento di V. CORONA, *La natura delle prestazioni di assistenza del vettore aereo in caso di ritardo*, in *Dir. trasp.*, 2006, p. 872 s.

<sup>46</sup> In questi termini V. CORONA, *La natura delle prestazioni*, cit., 2006, p. 873.

<sup>47</sup> V. posizione del Parlamento europeo in prima lettura 5 febbraio 2014, P7 TC1 2014, n. 72, art. 1 par. 11 bis, che prospetta la possibilità di riscrivere l'art. 12, comma secondo, del Regolamento (CE) n. 261/2004 nei seguenti termini: "*Il presente regolamento lascia impregiudicati i diritti del passeggero a un risarcimento supplementare. La compensazione concessa ai sensi del presente regolamento non può essere detratta da detto risarcimento*".

operanti, comunque, su piani distinti. Non avendo, tuttavia, la Commissione concordato con le proposte di emendamento formulate dal Parlamento europeo, è ben possibile che il testo cambi ulteriormente o che ne venga adottato uno del tutto nuovo, che si ponga sperabilmente in un'ottica di rafforzamento delle forme di tutela previste per i passeggeri, ponendo soluzione a quei dubbi interpretativi che sono sorti a causa della presenza di disposizioni dal contenuto non nitido.

Promossa da:

**demetra**  
CENTRO STUDI