

Diritto e politica dei trasporti

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

Promossa da:

demetra
CENTRO STUDI

Fascicolo
II/2022

Diritto e politica dei trasporti

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

Fascicolo II/2022

Promossa da
demetra
CENTRO STUDI

anno 5, n. 9 (II-2022)

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

www.demetracentrostudi.it/



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

Consentite la consultazione e la condivisione. Vietate la vendita e la modifica.

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

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

Grafica e impaginazione: Centro Studi Demetra
Pubblicato nel mese di gennaio 2023

Comitato di direzione/Executive Editors

Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
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. Pierre de Gioia Carabellese (Fellow of Advance HE – York, UK, e full Professor of Business Law and Regulation – ECU, Perth, Australia)
Prof. Massimo Deiana (Università di Cagliari)
Pres. Pierluigi Di Palma (Ente Nazionale Aviazione Civile)
Prof. Ruggiero Dipace (Università del Molise)
Prof. Alberto Emparanza Sobejano (Universidad del País Vasco - Spagna)
Pres. Mario Folchi (Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial - Argentina)
Prof. Fabio Francario (Università di Siena)
Prof. Francesco Gaspari (Università “G. Marconi” – Roma e Centro Studi Demetra)
Prof.ssa Loredana Giani (Università Europea di Roma)
Prof. Brian Havel (McGill University - Montreal)
Avv. Valentina Lener (Aeroporti 2030)
Prof. Mario Libertini (Università “Sapienza” - Roma)
Avv. Gianluca Lo Bianco (Ente Nazionale Aviazione Civile)
Prof. Sergio Marchisio (Università “Sapienza” - Roma)
Prof. José Manuel Martin 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 - Brasile)
Prof. Angelo Piazza (Università di Roma “Foro Italico”)
Prof. Aristide Police (L.U.I.S.S. “G. Carli” - 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 Aperio Bella	Dott. Guglielmo Aldo Giuffrè	Prof. Marco Ragusa
Avv. Patrizia Beraldi	Prof.ssa Annarita Iacopino	Dott.ssa Lavinia Samuelli Ferretti
Avv. Luigi De Propriis	Prof.ssa Maria Assunta Icolari	Dott.ssa Ersilia Sanginario
Avv. Marco Di Giugno	Avv. Emanuela Lanzi	Avv. Francesco Scalia
Dott. Federico Di Palma	Dott. Antonio Mitrotti	Prof.ssa Martina Sinisi
Avv. Fabrizio Doddi	Avv. Andrea Nardi	Dott.ssa Veronica Sordi
Avv. Francesco Ferrara	Dott. Simone Paoli	Avv. Giovanni Terrano
Dott. Simone Francario	Avv. Anton Giulio Pietrosanti	Dott.ssa Sabrina Tranquilli
Avv. Raissa Frascella		

Modalità di invio dei contributi

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

- 1) i dati personali dell’Autore, la qualifica accademica e/o professionale, nonché i recapiti;
- 2) un abstract in lingua inglese, 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 esonera la Rivista da ogni responsabilità con riguardo alla scelta di pubblicare lo scritto, non pubblicarlo o di rimuoverlo dalla rivista in caso di violazione di norme di legge.

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@dirittoepoliticadeitrasporti.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/2022

PRESENTAZIONE DEL FASCICOLO/PRESENTATION OF THE ISSUE

Francesco Gaspari

ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS

Ruwantissa Abeyratne

Treaty interpretation of the Chicago Conventionpag. 76

Raffaele Chiarelli

Un rilevante contributo alla determinazione del diritto alla mobilitàpag. 98

Danilo Ceccarelli Morolli

Distanza e giurisdizione. Dal *Præfectus Urbi* all'Eparca della città (di Costantinopoli), alcune brevi note storico-giuridiche.....pag. 102

Francesco Gaspari

La revisione del Piano Nazionale degli Aeroporti e il nuovo paradigma regolatorio proposto dall'ENAC.....pag. 110

Walter Spinapolice

Cooperative sociali, Organizzazioni di volontariato ed affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario d'emergenza e urgenza. I ristori e lo scopo di lucropag. 119

Valentino Vincenzo Giulio Vescio di Martirano

Muoversi liberamente nell'era digitale e nel metaversopag. 131

NOTE A SENTENZA/LAW NOTES

Francesco Ferrara

Sui limiti estrinseci della responsabilità da contatto sociale qualificato nella determinazione del risarcimento dei danni patrimonialipag.143

Paolo Sabra Piazza

Competenza nel Trasporto Pubblico Locale. Una questione di *modus*?.....pag.149

Vincenzo Finocchiaro

I limiti all'autonomia collettiva in materia di determinazione della base di calcolo della retribuzione feriale.....pag.161

Presentazione del Fascicolo

Francesco Gaspari

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

Direttore della Rivista

Il secondo numero del 2022 di *Diritto e Politica dei Trasporti* tratta molteplici temi, caratterizzati da spiccata attualità, che deriva da iniziative istituzionali tanto nazionali (come il nuovo Piano Nazionale Aeroporti) quanto internazionali (come l'Assemblea Generale ICAO), ma anche da pronunce della giurisprudenza, oggetto di specifiche note e da tematiche di indubbia novità (come il metaverso e la mobilità) trattate con riferimento agli aspetti di cui si occupa la Rivista.

Il contributo di Ruwantissa Abeyratne affronta un tema classico, quello della interpretazione della Convenzione di Chicago. L'analisi condotta dall'A. segue un approccio non tradizionale, nel senso che muove dalla teoria classica e dalla legge applicabile al diritto dei trattati, ma interpretando le disposizioni della Convenzione alla luce di quella che l'A. definisce "*modern aviation practice*".

Interessante è il contributo di Raffaele Chiarelli, che svolge alcune considerazioni a margine di un recente volume in materia di mobilità urbana, mentre l'articolo di Danilo Ceccarelli Morolli riguarda un tema storico-giuridico, quello del rapporto tra distanza e giurisdizione, temi tra loro da sempre connessi. L'articolo, in particolare, evidenzia come già nell'esperienza giuridica romana si fosse posto tale tema, con particolare riferimento al *praefectus urbi* che a Costantinopoli assume, come *eparca* (ἐπαρχος), ancor maggior rilevanza come istituzione di amministrazione giudiziaria e non solo.

Il contributo di Francesco Gaspari invece affronta un tema di strettissima attualità: il nuovo Piano Nazionale degli Aeroporti, redatto dall'ENAC e trasmesso per consultazione al Ministero delle Infrastrutture e Mobilità Sostenibili (MIMS) nell'ottobre del 2022, che lo ha messo in consultazione fino al 21 novembre 2022. Il contributo evidenzia come dal Piano – come anche da altri trend regolatori attualmente in atto – emerga un ruolo di ENAC come promotore di una nuova *aviation policy* a livello regionale (Unione europea). Tale nuovo modello di regolazione si fonda sul c.d. Stato Facilitatore (che trova fondamento nell'art. 118, comma 4, Cost.). Nel contributo si affronta anche la duplice dimensione della resilienza (conservativa e trasformativa) applicata al trasporto aereo.

Il contributo di Walter Spinapolice riguarda un tema molto specifico, quello delle cooperative sociali, delle organizzazioni di volontariato. Viene in particolare analizzata la recente giurisprudenza sull'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario d'emergenza e urgenza, soffermandosi l'A. anche sui ristorni e sullo scopo di lucro.

L'articolo di Valentino Vescio di Martirano affronta il tema del diritto alla mobilità, con specifico riguardo alla libertà di movimento, muovendo dall'autodeterminazione nel contesto digitale e nel metaverso. L'A. analizza le patologie del consenso e il modo con cui il contesto digitale possa ridurre o sostituire l'autodeterminazione degli interessati.

Il fascicolo ospita anche tre note a sentenza.

Il contributo di Francesco Ferrara riguarda una pronuncia di un giudice di merito siciliano, che offre l'occasione di riflettere sui limiti estrinseci della responsabilità da contatto sociale qualificato nella determinazione del risarcimento dei danni patrimoniali. La nota di Paolo Piazza riguarda invece una recente decisione del giudice amministrativo territoriale, in materia di trasporto pubblico locale, mentre quella di Vincenzo Finocchiaro analizza una recente pronuncia della Corte di Cassazione sui limiti all'autonomia collettiva in materia di determinazione della base di calcolo della retribuzione feriale.

Anche in questo fascicolo, che chiude il 2022, la Rivista offre pertanto ai suoi lettori contributi su temi di grande interesse e attualità. Buona lettura!

Articles and essays

Treaty interpretation of the Chicago Convention *

Ruwantissa Abeyratne

*DCL (McGill), PhD (Colombo), LL.M (Monash), LLB (Colombo), FRAeS.
Visiting Professor in Aviation Law and Policy at McGill University and Senior Associate, Aviation
Strategies International. Former Senior Legal Officer at the International Civil Aviation Organization*

Abstract

Treaty interpretation of the Chicago Convention.

In many ways the Convention on International Civil Aviation (Chicago Convention) defies precise treaty interpretation if the ordinary meaning of certain provisions therein is applied by Contracting States in their conduct, as required by the Vienna Convention on the Law of Treaties. In this context the Chicago Convention is a unique treaty that must be discussed with a view to arriving at an originalist's perspective. Just as an example, the Chicago Convention has 19 Annexes to the Convention, which, as the Convention identifies, are so named "for convenience". This ambivalent phrase leaves the reader confused and befuddled as to whether the Annexes are an integral part of the Convention, where one can ascribe the same legal credibility and legitimacy that the provisions of the Convention demand. The Vienna Convention on the Law of Treaties prescribes that an Annex to an international treaty has ipso facto and per force the same legal effect of compulsive adherence that a provision of that treaty has, unless specifically mentioned to the contrary in that treaty. However, the Chicago Convention effectively precludes this recognition as articulated in the Vienna Convention by providing elsewhere in the former that Contracting States need not adhere to the Standards and Recommended Practices if States find it impossible or impracticable to implement them.

Another instance is where the Vienna Convention on the Law of Treaties requires Contracting States to perform requirements of treaty provisions "in good faith". States have not been clear in their acceptance of this requirement in the application of the Chicago Convention, as reflected in their conduct in certain instances, which leads to an obfuscation of the principles of the Chicago Convention.

This article extrapolates classical theory and applicable treaty law and practice against such ambivalence and seeks to interpret the meaning and purpose of the Chicago Convention in light of modern aviation practice.

Key words: Chicago Convention; Vienna Convention on the Law of Treaties; Pacta sunt servanda; ICAO Assembly; State responsibility; Dispute settlement.

Table of contents — 1. Introduction — 2. The Chicago Convention and State responsibility — 3. Understanding in the Chicago Convention. 3.1 Terminology — 3.2 Interpretation. 3.2.1 General principles — 3.2.2 ICAO and the Chicago Convention — 4. Dispute Settlement — 5. Effecting amendments to the Chicago Convention — 6. Conclusion

* Article peer-reviewed.

Ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus

1. Introduction

To any lawyer with a foundation in aviation, the Convention on International Civil Aviation (Chicago Convention)¹ is a familiar multilateral treaty which sets out basic principles of State conduct in matters concerning international civil aviation. The Chicago Convention is linked to 19 Annexes to the Convention, which, as the Convention identifies are so named “*for convenience*”². At the outset of this article, it is necessary to clarify this intriguing definitive identifier with a view to determining whether the 19 Annexes – so named for convenience – form part of the Chicago Convention as one integrated treaty according to accepted principles of treaty law. The first known definition of a treaty was offered by Emer de Vattel in 1753: “*A treaty, in Latin foedus, is a compact made with a view to the public welfare by the superior power, either for perpetuity, or for a considerable time*”³.

The Vienna Convention on the Law of Treaties⁴ (hereafter, Vienna Convention) defines a treaty as an international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation. Here, the operative words are “*embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation*”. There is no gainsaying that the Annexes are related to the Chicago Convention through Article 37⁵ of the Convention and the fact that the Vienna Convention admits of any designation being used to identify instruments related to a treaty, would arguably lead one to the conclusion that the 19 Annexes to the Chicago Convention form an integral and inextricable part of the treaty.

The above notwithstanding, there is seemingly a problem with identifying the Annexes as part of the Chicago Convention and ascribing to the Annexes the status of a treaty. Article 38 of the Chicago Convention, which provides *inter alia* that any State which finds it impracticable to comply in all respects with any such international standard or procedure, or to bring its own regulations or practices into full accord with any international standard or procedure after Amendment of the latter, or which deems it necessary to adopt regulations or practices differing in any particular respect from those established by an international standard, must give immediate notification to ICAO⁶ of

¹ Convention on International Civil Aviation signed at Chicago on 7 December 1944. ICAO Doc. 7300/9 2006. For an in-depth discussion and commentary on the Chicago Convention’s main provisions see R. ABEYRATNE, *Convention on International Civil Aviation – A Commentary*, Heidelberg, 2014.

² Article 54 (l) states that “*the Council (of ICAO) shall adopt, international standards and recommended practices, and, for convenience, designate them as Annexes to this Convention*”.

³ E. DE VATTEL, *The Law of Nations*, Indianapolis, 2008, at 308.

⁴ Done at Vienna on 23 May 1969. Entered into force on 27 January 1980. United Nations, Treaty Series, vol. 1155, p. 331

⁵ Article 37 specifies the subjects to be designated as Standards and Recommended Practices (SARPs) which form the composition of the Annexes.

⁶ The International Civil Aviation Organization (ICAO) is the specialized agency of the United Nations handling issues of international civil aviation. ICAO was established by the Chicago Convention. The

the differences between its own practice and that established by the international standard. This provision, which effectively releases contracting states from the obligation of complying with international Standards of a treaty, does not comport with the legal obligation imposed upon a State of compliance. This inconsistency, paired with the fact that the Chicago Convention has not explicitly stated that the Annexes are a part of the Convention, militates against recognizing the treaty nature of the Annexes. As one commentator has observed: “[W]hen a treaty has an annex it is normal to provide, though not necessarily in a separate article, that the annex is an integral part of the treaty. Since there are often other documents produced at the time the treaty is adopted, such as agreed minutes, declarations, and interpretative exchanges of notes, it is important to know whether they are an integral part of the treaty or merely associated with it”⁷.

In the Vienna Convention⁸, it is a general rule that when State parties enter into a treaty through ratification⁹ that they must intend to create legally binding rights and obligations¹⁰. This obligation is anchored on the *Pacta sunt servanda*, which is explained in Article 26 of the Vienna Convention with the principle that every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.

Herein lies the problem with the Chicago Convention. Although States which ratify the Convention are called upon to perform obligations therein “*in good faith*”, the Convention has not been clear in certain instances, leading to an obfuscation of the principles it carries. A example can be cited in relation to the 41st Session of the Assembly of ICAO (which took place from 27 September to 7 October 2022) where The United States submitted a working paper¹¹ for consideration which stated that Article 15¹² of the Chicago Convention contains a condition that effectively precludes the right of a State to charge for airspace access and establishes a national treatment standard for related user charges. The United States went on to say that for the continuance of global growth and development, it is essential that Contracting States adhere to the rules established by the Chicago Convention and that specific guidance and legal analysis have become

overarching objectives of ICAO, as contained in Article 44 of the Convention are to develop the principles and techniques of international air navigation and to foster the planning and development of international air transport to meet the needs of the peoples for safe, regular, efficient and economical air transport. ICAO has 193 member States, who become members of ICAO by ratifying or otherwise issuing notice of adherence to the Chicago Convention

⁷ A. AUST, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge, 2000, at 348.

⁸ *Supra*, note 4.

⁹ “*Ratification*”, “*acceptance*”, “*approval*” and “*accession*” mean in each case the international act so named whereby a State establishes on the international plane its consent to be bound by a treaty. Vienna Convention, Article 2.1 (b). Also, A. AUST, *Modern Treaty*, cit., at 81-87.

¹⁰ *Vienna Convention on the Law of Treaties – a Commentary* (Oliver Dorr, Kirsten Schmalenbach ed.), Germany, 2018, at 41.

¹¹ Requesting Guidance Regarding Article 15 and Airspace Access, A41-WP/199 EC/14, 2/8/22.

¹² Article 15 provides *inter alia* that no fees, dues, or other charges must be imposed by any contracting State in respect solely of the right of transit over or entry into or exit from its territory of any aircraft of a contracting State or persons or property thereon. It also goes on to say that any charges that may be imposed or permitted to be imposed by a contracting State for the use of such airports and air navigation facilities by the aircraft of any other contracting State must not be higher, as to aircraft not engaged in scheduled international air services, than those that would be paid by its national aircraft of the same class engaged in similar services and as to aircraft engaged in scheduled international air services, than those that would be paid by its national aircraft engaged in similar international air services.

increasingly necessary for Member States to understand and apply Article 15. The United States requested that The Assembly direct the ICAO Council and its working bodies to undertake an analysis of Contracting States' obligations pursuant to Article 15 of the Convention as they relate to States' sovereign right to exchange the first- and second-freedoms of the air¹³ as they see fit. Such an analysis would provide a basis to promote Contracting States' adherence to Article 15.

On the issue of the sovereignty of States, while the Convention in Article 1 recognizes that States have sovereignty over the airspace above its territory, there was no clear interpretation of State responsibility of Ukraine's responsibility in not directing the aircraft of Malaysian Airlines operating Flight MH 17 despite the right of Ukraine to divert aircraft over the deeply troubled area of Eastern Ukraine where the aircraft was shot down. This is an instance where the Chicago Convention is both ambivalent and inefficient. It is discussed in greater detail below. which will be discussed below.

Another area is dispute resolution where a working paper was submitted for the consideration of the 41st Session of the ICAO Assembly. The Republic of Korea in its working paper¹⁴ submitted to the Legal Commission claimed while the Chicago Convention provides a dispute settlement clause in Article 84 it is rarely applied on a practical level in the event of actual disputes. their disputes. The ICAO Council has offered a viable avenue for contracting States to settle their disputes. The Assembly was requested *inter alia* to prepare a workshop/seminar at which all Contracting States will have an opportunity to exchange views on the outcomes of a study being carried out on the dispute resolutions of the Chicago Convention and how they can be applied in a more efficient way. This subject is also discussed in some detail below.

The subject of States' position on the obligations brought to bear on ratified and non-ratified provisions of the Chicago Convention and questions arising from amendments to the Convention has been another area calling for clarity. Again, at the 41st Session of the ICAO Assembly the Republic of Korea contended that the paucity of communications between ICAO and States on ratified and non-ratified provisions as well as amendments of the Convention needed looking into¹⁵.

These areas bring to bear the need to discuss, against their various backdrops, the overall legal principles of treaty interpretation of the Chicago Convention.

The treaty interpretation of the Chicago Convention that follows is strictly based on international rules of interpretation which are not related to any domestic legislation or jurisprudence. Furthermore, the discussions that follow will reflect how judicial or quasi-judicial interpretation of the treaty would be applied, devoid of political connotations.

¹³ Called transit rights, the first and second freedoms are also known as non-commercial / non-traffic privileges. The first freedom allows a state's aircraft to fly over another state's airspace while the aircraft is on its way to another destination. The second freedom is very similar however, it allows state's aircraft to land in a state for non traffic purposes such as refueling or technical stops while on its way to another state.

¹⁴ Study on Dispute Settlement System Under Chicago Convention A41-WP/124 LE/8 2/8/22.

¹⁵ See Seeking Harmonization Between Ratified and Non-Ratified Rules Under ICAO, A41-WP/126, LE/10, 2/8/22.

2. The Chicago Convention and State responsibility

As the Chicago Convention has been adopted by sovereign States, according to Vattel¹⁶, it is a public treaty. Vattel posits that a public treaty can only be entered into by the “*superior powers*” (my emphasis) or by sovereigns who contract in the name of the State. Although Vattel does not clearly distinguish a difference between a nation, State, or country¹⁷ in his treaty but later treaties in the 20th Century have clearly made the distinction. The Charter of the United Nations begins the Preamble by using the words “*We the peoples of the world*”, explicitly recognizing that the nation is the people, the Montevideo Convention of 1933 - which codifies the declarative theory of Statehood as accepted as part of customary international law - lays out the four characteristics of a State as comprising a permanent population; a defined territory; government; and capacity to enter into relations with the other States¹⁸.

In the context of the Chicago Convention, Article 3 of the Montevideo Convention recognizes that the political existence of the State is independent of recognition by the other States, along with the provision that a State has the right to defend its integrity and independence, to provide for its conservation and prosperity, and consequently to organize itself as it sees fit, to legislate upon its interests, administer its services, and to define the jurisdiction and competence of its courts. One has to distinguish between the essential fact that a State must have the capacity to enter into relations with other States and the fact that, irrespectively, the political independence of a State is a standalone right of a State to set its own laws within the parameters of its governance independent of international relations.

The latter – on governance independent of other States - is reflected in Article 9 of the Chicago Convention *inter alia* that, in the aeronautical context, a State has the right to restrict or prohibit uniformly the aircraft of other States from flying over certain areas of its territory, for reasons of military necessity or public safety, provided that no distinction in this respect is made between the aircraft of the State whose territory is involved, engaged in international scheduled airline services, and the aircraft of the other contracting States likewise engaged. It is important to note that Article 9 bestows on the State a “*right*” and not a responsibility, giving the State the power to decide.. This brings to bear the inevitable question as to whether a right in this context is linked to responsibility.

A case in point which brings Article 9 into focus is Flight MH 17 which was shot down by Russian backed rebels over Ukrainian airspace in July 2014. The claim by some that Ukraine should take responsibility for the destruction of the aircraft which operated flight MH 17 may deserve some consideration. To seek an answer to the question, one must first look at some incontrovertible facts and established principles.

First, the destruction took place over Ukrainian airspace. Second, the airspace was over a territory which, although it is in Ukraine, was a conflict zone at the time. Third, the claim against Ukraine and its responsibility is not based on direct aggression but rather

¹⁶ Vattel, *The Law of Nations*, cit., at 338.

¹⁷ Vattel posits that “*every nation that governs itself, under what form soever, without dependence on any foreign power, is a sovereign state*” *Id.* 83. Elsewhere, he states “*Nations or States are bodies politic, societies of men united together for the purpose of promoting their mutual safety and advantage by the joint efforts of their combined strength*”. *Id.* 67.

¹⁸ See Montevideo Convention of 1933 & UN Articles on Responsibility of States (2001), Article 1. https://h2o.law.harvard.edu/text_blocks/28904.

on Ukraine's lack of control of air navigation services over its territory. Fourth, there is a regime of State responsibility at international law that may be directly relevant to the cruel, unfortunate and sad event.

In the MH 17 incident, the question that would arise is whether Ukraine has the responsibility to make reparation for the damage caused to a Malaysian registered aircraft and the death of its passengers (it must be noted that the air carrier is liable for damage caused as a result of death or injury to passengers if the accident which caused the damage occurred on board or in the process of embarkation or disembarkation. Since Flight MH 17 operated between the Netherlands and Malaysia, the application of the Chicago Convention would depend on the ratification of the treaty by both parties. The Netherlands ratified the treaty on April 29 2004 and Malaysia ratified it on December 31 2007).

Technically, according to the Chicago Convention of 1944 which contains details of obligations of States in civil aviation, Ukraine and its people were obligated to make every effort to refrain from using force against the Malaysian aircraft. One could argue that, in the exercise of its sovereignty, Ukraine should have required the landing of Flight MH 17 at some designated airport. If Ukraine believed that the aircraft was flying above its territory without authority or if there were reasonable grounds to conclude that it was being used for any purpose inconsistent with the aims of the Convention, it was also entitled to give such aircraft any other instructions to put an end to such violations. For this purpose, Ukraine could have resorted to any appropriate means consistent with relevant rules of international law, including the relevant provisions of the Chicago Convention. Also, Ukraine was required to specifically publish its regulations in force regarding the interception of civil aircraft.

Responsibility of States for the provision of air navigation services in their territories is founded in principles contained in the Chicago Convention of 1944¹⁹. However, it must be noted that this is not an absolute obligation as the State is called upon to provide such services only in so far as it finds practicable to do so.

Ukraine could anchor itself on the argument that armed separatist groups had taken over the territory over Donetsk Oblast in Eastern Ukraine where the aircraft was shot down, and Ukraine was therefore not in control and that it was not practicable to ensure with certainty the safety of aircraft flying over what was deemed to be a "conflict zone". These armed separatist groups were in full control of the crash site, even preventing international investigators from entering the site which prompted the United Nations Security Council to unanimously adopt Resolution 2166 (2014) calling on those controlling the MH17 crash site to allow unfettered access to international investigators. It must be noted in this context that the Chicago Convention provides that in case of war (which is a state of armed conflict between different nations or states or different groups within a nation or State), the provisions of the Convention do not affect the freedom of action of any of the contracting States affected, whether as belligerents or as neutrals. The same applies in the case of any contracting State which declares a state of national emergency and notifies the fact to the Council²⁰. It is therefore arguable that the Chicago Convention would not apply to Ukraine in the circumstances of Flight MH 17.

In 2001 the International Law Commission (ILC) adopted text on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts at its fifty-third session, and submitted the text to the General Assembly of the United Nations as a part of the Commission's report

¹⁹ Article 28 of the Chicago Convention.

²⁰ *Id.* Article 89.

covering the work of that session. The Report was accompanied by a draft general principles which stipulate that every internationally wrongful act of a State entails the international responsibility of that State and that there is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: is attributable to the State under international law; and constitutes a breach of an international obligation of the State. The conduct of any State organ, according to these principles, is considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State. An organ is deemed to include any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

The conduct of a person or entity which is not an organ of the State, but which is empowered by the law of that State to exercise elements of the governmental authority is considered an act of the State under international law, provided the person or entity is acting in that capacity in the particular instance. The conduct of a person or group of persons is considered an act of a State under international law if the person or group of persons is in fact acting on the instructions of, or under the direction or control of, that State in carrying out the conduct. The claim that Ukraine should take responsibility since its air traffic controllers (under the control of Ukraine) did not warn Flight MH 17 of the danger of flying over the particular airspace in which it was shot down, has to be examined in the context of the above provision of the ILC principles. In the 1986 Nicaragua case, the International Court of Justice opined that, if the order for the Contra guerrillas to conduct themselves in the manner in which they did could be attributable or even imputable to the United States (which financed and equipped the Contras), it would have to be proved that the US had effective control of the Contras' military or paramilitary operations. General or overall control would not have been sufficient to find the US accountable or responsible.

In the 1990 *Rainbow Warrior Arbitration*²¹ between France and New Zealand the arbitral tribunal noted that international law did not distinguish between tortious or contractual responsibility, which in turn led to the conclusion that if any State were to violate its obligation, of whatever origin or nature, such violation would give rise to a duty of reparation. The intrinsic nature of State responsibility is anchored upon certain basic elements: firstly, the existence of an international legal obligation in force as between two particular States; secondly, that there has occurred an act or omission which violates that obligation and which is imputable to the State responsible, and finally, that loss or damage has resulted from the unlawful act or omission.

A significant factor to be considered in the consideration of liability and responsibility of Ukraine is that, if as Ukraine, which seemingly acted in good faith and without negligence, and assuming that the missile fired at the aircraft was fired by rebels and not Ukrainian armed forces, Ukraine would not be liable, provided it shows that it exercised due diligence. As the above discussion reflects, one could argue either way as to the ultimate responsibility of Ukraine. However, it is indisputable that the principles that apply to

²¹ The Rainbow Warrior Case was a dispute between New Zealand and France that arose in the aftermath of the sinking of the Rainbow Warrior. It was arbitrated by UN Secretary-General Javier Pérez de Cuéllar in 1986 and became significant in the subject of Public International Law for its implications on State responsibility. <https://ijl.org/wp-content/uploads/2016/08/Archaga-et-al-Rainbow-Warrior-1990.pdf>.

liability and responsibility of States are embodied in globally established principles, treaties, and case law. One has to argue Ukraine's case with regard to MH 17 against this backdrop.

However, this notwithstanding, the issue of State responsibility in this regard can be considered as settled in the Chicago Convention itself when one links Article 9 of the treaty with Article 28 which, as already discussed, provides *inter alia* that the State must provide, in its territory, airports, radio services, meteorological services and other air navigation facilities to facilitate international air navigation, in accordance with the standards and practices recommended or established from time to time, pursuant to the Convention. The discretion given to the State in Article 9 is transformed into an obligation in Article 28 that the State is obligated to provide "*other air navigation facilities*" (*i.e.* air traffic control advice) which in the case of flight MH 17 the Ukrainian authorities ought to have known they were not able to provide over the rebel held area over which the aircraft was shot down²².

3. Understanding in the Chicago Convention

3.1 Terminology

The Vienna Convention²³ in Article 31 (1) and (2) states that a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. The context for the purpose of the interpretation of a treaty comprise, in addition to the text, including its Preamble and Annexes: any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. Accordingly, the words contained in the provisions of the Chicago Convention must be interpreted so that their contents comport with the ordinary meaning in their context.

Additionally, the Convention must be implemented by those States which have ratified, acceded to or accepted the Convention formally (by formally notifying acceptance to the depository State) in good faith in accordance with Article 26 of the Vienna Convention which states that every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith according to what is identified as *Pacta sunt servanda*.

As a treaty, the Chicago Convention is intriguing as well as unique in its terminology. Article 1 acknowledges that the contracting States recognize that every State has complete and exclusive sovereignty over the airspace above its territory. One could argue that the phrase "*the contracting states recognize that*" could have been omitted by

²² *Draft Articles of State Responsibility*, drawn up by the International Law Commission provide in Article 2 that there is an internationally wrongful act of a State when conduct consisting of an action or omission: (a) is attributable to the State under international law; and (b) constitutes a breach of an international obligation of the State. Furthermore, Article 4 states that the conduct of any State organ must be considered an act of that State under international law, whether the organ exercises legislative, executive, judicial or any other functions, whatever position it holds in the organization of the State, and whatever its character as an organ of the central Government or of a territorial unit of the State. An organ includes any person or entity which has that status in accordance with the internal law of the State.

²³ *Supra*, note 4.

the drafters of the treaty. Here the operative word is “*recognize*” which would appear to mean that State sovereignty over airspace above its territory already existed as a recognized norm in international law. One cannot know for certain whether the drafters based this recognition on the ancient Latin maxim *Cuius est solum, eius est usque ad caelum et ad inferos* (“for whoever owns the soil, it is theirs up to Heaven and down to Hell.”)²⁴, or on the Paris Convention of 1919²⁵ which in Article 1 provides that “*The High Contracting Parties recognize that every Power has complete and exclusive sovereignty over the air space above its territory*”.

The term “*recognize*” has been defined as “*the confirmation or acknowledgment of the existence of an act performed, of an event that transpired, or of a person who is authorized by another to act in a particular manner*”²⁶. Article 2 of the Chicago Convention then goes on to “*deem*” that “*for the purposes of this Convention the territory of a State shall be deemed to be the land areas and territorial waters adjacent thereto under the sovereignty, suzerainty, protection or mandate of such State*”. The word “*deem*” conveys the meaning of having certain characteristics. A territory is usually a geographic area with assigned responsibility²⁷. It is interesting that the drafters did not consider omitting the words “*deemed to be*” and use the words “*shall be*”. One reason could be the uncertainty of the time with regard to geopolitics and possibilities of changes in State control of certain geographic areas.

Another curious provision in the Convention is Article 3 which uses words which may have their own connotations. The provision says that “*This Convention shall be applicable only to civil aircraft*²⁸, and shall not be applicable to state aircraft. Aircraft used in military, customs and police services shall be deemed to be state aircraft. No state aircraft of a contracting State shall fly over the territory of another State or land thereon without authorization by special agreement or otherwise, and in accordance with the terms thereof”. Firstly, the word “*shall*” denotes a peremptory requirement that the Convention applies only to civil aircraft. This is followed by categorizing military aircraft into three categories (military, customs, and police services) with an inclusive term “*shall be deemed to be*”, with the nuance that other types of aircraft may be included (without saying that State aircraft are aircraft used in military, customs or police services). If, as stated above, the three categories are mentioned to identify certain characteristics in the use of aircraft, one could argue that even a civil aircraft, used for military purposes would be deemed to be a State aircraft for that purpose²⁹.

²⁴ This eloquent Latin proverb was seemingly first used in the 13th century by the Roman commentator Accursius and was subsequently introduced into English law by William Blackstone in his Commentaries on the Law of England (1766). See https://www.liquisearch.com/cuius_est_solum_eius_est_usque_ad_coelum_et_ad_inferos.

²⁵ Convention Relating to the Regulation of Aerial Navigation.

²⁶ <https://legal-dictionary.thefreedictionary.com/recognize>.

²⁷ Vattel identifies “*territory*” as “*domain*” which he defines thus: “*The domain of a nation extends to everything she possesses by a just title. It comprehends her ancient and original possessions and all her acquisitions made by means which are just in themselves, or admitted as such among nations – concessions, purchase, conquests made in regular war & c. And by her possessions, we ought not only to understand her territories, but all the rights she enjoys*”. Vattel, *The Law of Nations*, cit., at 302.

²⁸ Annex 6 to the Chicago Convention defines an aircraft as any machine that can derive its support in the atmosphere from the reactions of the air other than reactions of air on the earth’s surface.

²⁹ For ATM purposes and with reference to article 3(b) of the Chicago Convention, only aircraft used in military, customs and police services shall qualify as State Aircraft. Accordingly: “*Aircraft on a military register, or identified as such within a civil register, shall be considered to be used in military service and hence qualify as State Aircraft; Civil registered aircraft used in military, customs and police service shall*

This ambiguity in treaty terminology of the Chicago Convention in the context of State aircraft³⁰ has given rise to diverse interpretations, one of which is: “*State aircraft have been defined as all aircraft owned and operated by the government. This definition is very wide and is based on ownership. Consequently, not only typical State aircraft, such as military, police, or customs aircraft, but equally aircraft owned and operated by a public body for commercial purposes are considered State aircraft. Although the scope of this definition might be too wide, it has the advantage of clarity and transparency. Another approach distinguishes State aircraft mainly on the basis of the purpose of their utilization*”³¹.

In Article 3 bis, one comes across the word “*recognize*”, where the Convention provides that Contracting States recognize that every State must refrain from resorting to the use of weapons against civil aircraft in flight and that States also recognize that each State has the right to require aircraft to land at designated airports. In 3 bis b) the Convention says: “*The contracting States recognize that every State, in the exercise of its sovereignty, is entitled to require the landing at some designated airport of a civil aircraft flying above its territory without authority or if there are reasonable grounds to conclude that it is being used for any purpose inconsistent with the aims of this Convention; it may also give such aircraft any other instructions to put an end to such violations. For this purpose, the contracting States may resort to any appropriate means consistent with relevant rules of international law, including the relevant provisions of this Convention, specifically paragraph a) of this Article. Each contracting State agrees to publish its regulations in force regarding the interception of civil aircraft*”. However, in Article 3 bis (c), the provision starts with “*Every civil aircraft shall comply with an order given in pursuance of paragraph b) of the Article*”, thus bringing in the mandatory element of compliance.

There are words such as “*recognize*”, “*may*” and “*shall*” in Article 3 bis which leave the reader confused if not confounded. When it comes to “*recognize*” although it is the same word used in Article 1 of the Chicago Convention, which denotes precedent, there is no link to the past in this provision. The word “*recognition*” in the context of Article 3 bis can be subsumed into the statement that at international law, it can mean that recognition could be reflected in a political act whereby “*a subject of international law, whether a state or any other entity with legal personality, expresses its unilateral interpretation of a given factual situation, be it the birth of a new state, the coming to power of a new government, the creation of a new intergovernmental organization, the status of an insurgent, the outcome of an election, the continuation of a defunct state by another, a specific territorial arrangement, and so on*”³². A second reading of Article 3

qualify as State Aircraft; Civil registered aircraft used by a State for other than military, customs and police service shall not qualify as State Aircraft" See Skrybrary at <https://skybrary.aero/articles/state-aircraft>

³⁰ The predecessor of the Chicago Convention—The Paris Convention of 1919 is much clearer when it provides that State aircraft are military aircraft and aircraft exclusively used in State service such as posts, customs and police and that every other aircraft shall be deemed to be private aircraft. The Paris Convention goes on to say:

“All State aircraft other than military, customs and police aircraft shall be treated as private aircraft and as such shall be subject to all the provisions of the present Convention”.

³¹ J. WOUTERS, S. VERHOEVEN, *State Aircraft*, at *Oxford Public International Law*, July 2008, at <https://opil.ouplaw.com/view/10.1093/law:epil/9780199231690/law-9780199231690-e1223>.

³² J. D’ASPROMONT, I. ARAL, *Recognition in International Law*, at *Oxford Bibliographies*, at <https://www.oxfordbibliographies.com/view/document/obo-9780199796953/obo-9780199796953-0009.xml>

bis leaves the reader with portions of the provision as being peremptory (shall); portions as being discretionary (may) and the central theme (of not using weapons against civil aircraft) being one of objective acceptance with no peremptory prohibition.

A slight deviation is seen in Article 4, where the Convention provides that each Contracting State “*agrees*” not to use civil aviation for any purposes inconsistent with the aims of the Convention. Here, the word “*agrees*” implies general agreement of States, and the non-legal definition of the word is: “*to concur in (something, such as an opinion): admit, concede. to consent to as a course of action*”³³. From a legal perspective, it is arguable that the particular use of the word leaves a window of opportunity for a State to deviate from its agreement if it is impossible for that State to keep to its agreement. In the following Article, the word “*agrees*” occurs once again where States are recognized as having agreed to allow non-scheduled flights the right to make technical and non-commercial flights into their territory. Article 6 of the Chicago Convention is the single provision which has caused the most inhibitive consequences to market access and the liberalization of air transport. It is also diametrically opposed to the fundamental premise enunciated in the Preamble which advocates that air transport should be developed in a safe and orderly manner, soundly and economically with equality of opportunity. Here, equality of opportunity means equal opportunity to compete and not just equality in the operation of air transport services. Article 6 is the antithesis of “*equality of opportunity*” to compete where it provides: “[*N*]o scheduled international air service may be operated over or into the territory of a contracting State, except with the special permission or other authorization of that State, and in accordance with the terms of such permission or authorization”. The words “*no scheduled international air service may be operated...*” effectively precludes an opportunity for carriers to have equality of opportunity to compete with national carriers of States which could adopt a protectionist policy, which is not found in any other mode of international transport.

This is a negative premise of international law which could have its roots in Vattel’s premise – that although “*the entire Earth was common to all mankind...nobody could be entirely deprived of this right; but the exercise of it is limited by the introduction of domain and property*”³⁴. There are some instances in the Vienna Convention which have such preclusive clauses. For instance, Article 45 prohibits a State Party from invoking a ground for invalidating or in any manner suspending implementing the treaty after it has ratified the treaty with full knowledge of relevant facts³⁵. Another example is Article 38 which states “[*N*]othing in articles 34 to 37 precludes a rule set forth in a treaty from becoming binding upon a third State as a customary rule of international law, recognized as such”. The thrust of this negativity hinges on absolute prohibition, which, in the case of Article 6 of the Chicago Convention, prohibits airlines from carrying out scheduled international air services into any country without its permission. The main purpose of article 6 is to prevent airlines from the right of equality in competing which the Preamble of the Chicago Convention explicitly provides for.

³³ <https://www.merriam-webster.com/dictionary/agree>.

³⁴ VATTEL, *The Law of Nations*, cit., at 322.

³⁵ Article 45 States: “*A State may no longer invoke a ground for invalidating, terminating, withdrawing from or suspending the operation of a treaty under articles 46 to 50 or articles 60 and 62 if, after becoming aware of the facts: (a) it shall have expressly agreed that the treaty is valid or remains in force or continues in operation, as the case may be; or (b) it must by reason of its conduct be considered as having acquiesced in the validity of the treaty or in its maintenance in force or in operation, as the case may be*”.

The preclusion in Article 6 is reliant upon principles of acquiescence and estoppel, the latter being a procedural preclusion. In international treaty law, estoppel is a rule that precludes a party from going back on its previous representations when those representations have induced reliance or some detriment on the part of others. This principle has been recognized both by the International Court of Justice³⁶ and the International Tribunal for The Law of the Sea³⁷. In the context of the Chicago Convention, at least for the sake of argumentation, Article 6 should be considered as subject to estoppel in the face of the earlier undertaking in the Preamble to the Chicago Convention that States should allow equality of opportunity for other States to compete in air transport through their national carriers. It is by no means contended that Article 6 should be considered destitute of effect. Rather, that it should be harmoniously blended with the Preambular notion of equality of opportunity with a view to obviating protectionism and promoting liberalization of air transport.

Article 8 of the Convention is another challenging provision in that it deviates from the positive approach of many provisions by saying that each Contracting State shall have the right to refuse cabotage rights or commercial air traffic rights to foreign aircraft between points within their own territory. The use of the words “*shall have the right to refuse*” is skillfully used to convey the meaning that a State’s discretion to grant cabotage rights already exists, subject to a non-exclusivity caveat that precludes discrimination or favoritism by the grantor State.

As already discussed, the discretionary right of a State is explicitly recognized in Article 9, which provides that each Contracting State may, for reasons of military necessity or public safety, restrict or prohibit aircraft in certain circumstances from flying over their territory. The use of the word “*may*” is clear in its meaning and purpose, that it is discretionary.

Article 12 carries yet another nuance of language where each Contracting State is required to undertake to adopt certain measures. The word “*undertake*” means “*to take upon oneself*” and implies accountability and responsibility. The difference between the use of the words “*agrees*” and “*undertakes*” brings to bear the clear intent of a treaty carved out many years ago by its founding fathers with vision and foresight that leaves room for interpretation as required by future exigencies as air transport developed.

The above terminology can be compared with the use of the words in Article 17, which states that “*aircraft have the nationality of the State in which they are registered*”. It is to be noted that this provision does not have the peremptory admonition issued by the word “*shall*”, and one could only conclude that the provision conveys that it is a fact taken for granted, that once an aircraft is registered in a particular State it shall *ipso facto* be deemed registered in that State. The statement that follows in Article 18, that aircraft cannot be validly registered in more than one State, conveys the impossibility of such an exigency. Here, the use of the word “*cannot*” instead of “*shall not*” leaves no room for doubt that in this instance the right for dual registration of aircraft is a given. did not exist to begin with. This usage is contrasted with the use of the words “*shall not*”, which implies that a right that seemingly exists is taken away.

The various terms discussed above that are couched in ambiguity and ambivalence make it difficult to interpret the true intent of the drafters of the treaty from an

³⁶ Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua, *Nicaragua v. U.S.* (1984) I.C.J.392.

³⁷ Chagos Marine Protected Area Arbitration (Mauritius v. United Kingdom) (Press Release and Summary of Award). Permanent Court of Arbitration. 19 March 2015.

originalist point of view. The only conclusion one can make is that the founding fathers of the Convention, realizing that air transport could evolve exponentially in the future, left room for interpretation as exigencies demanded. In some ways this ambivalence has blurred the clarity required in the Convention. *A fortiori*, these terms make it even more difficult to place them in the modern context in a meaningful way. As one commentator put it: “*the problem of treaty interpretation...is one of ascertaining the logic inherent in the treaty and pretending that this is what the parties desired. In so far as this logic can be discovered by reference to the terms of the treaty itself, it is impermissible to depart from those terms. In so far as it cannot, it is permissible*”³⁸.

3.2 Interpretation

3.2.1 General Principles

The above discussion gives rise to the manner in which terminology in the Chicago Convention has to be interpreted under treaty law. It has already been mentioned that Article 31 of the Vienna Convention provides *inter alia* that a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. The provision further goes on to say that the context for the purpose of the interpretation of a treaty must comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: any agreement relating to the treaty which had been made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; and any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. Article 27 of the Draft Articles on the Interpretation of Treaties³⁹ drawn up by the International Law Commission provides that a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. The context for the purpose of the interpretation of a treaty must comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes: any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty; any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty. Also to be taken into account together with the context are: any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty; any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the understanding of the parties regarding its interpretation; any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. The draft Articles also provide that a special meaning must be given to a term if it is established that the parties so intended.

One commentator has said of interpreting a treaty as: “*giving effect to the expressed intention of the parties, that is, their intention as expressed in the words used by them in*

³⁸ D. O’CONNELL, *A Cause Celebre in the History of Treaty Making*, in *BYIL*, n. 156, 1977, at 253.

³⁹ Text adopted by the International Law Commission at its eighteenth session, in 1966, and submitted to the General Assembly as a part of the Commission’s report covering the work of that session (at para. 38). The report, which also contains commentaries on the draft articles, appears in *Yearbook of the International Law Commission*, II, 1966. See https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft_articles/1_1_1966.pdf.

*the light of the surrounding circumstances*⁴⁰. The “*surrounding circumstances*”, it is suggested, call for an originalist approach. The chronological context in 1952, when President Roosevelt invited 52 countries to the Chicago Conference in 1944 just as the war was ending, is reflected in his invitation: “*I do not believe that the world today can afford to wait several years for its air communications. There is no reason why it should. Increasingly, the aeroplanes will be in existence. When either the German or Japanese enemy is defeated, transport planes should be available for release from military work in numbers sufficient to make a beginning. When both enemies have been defeated, they should be available in quantity. Every country has its airports and trained pilots; practically every country knows how to organize airlines.*

*You are fortunate to have before you one of the great lessons of history. Some centuries ago, an attempt was made to build great empires based on domination of great sea areas. The lords of these areas tried to close the areas to some, and to offer access to others, and thereby to enrich themselves and extend their power. This led directly to a number of wars both in the Eastern and Western Hemispheres. We do not need to make that mistake again. I hope you will not dally with the thought of creating great blocs of closed air, thereby tracing in the sky the conditions of future wars. I know you will see to it that the air which God gave everyone shall not become the means of domination over anyone*⁴¹.

The Chicago Convention, which was the result of this sustained conference in 1944, echoes the words of President Roosevelt who called for the use of thousands of military aircraft to be used for peaceful purposes, eschewing the formation of “*great blocks of air*” leading to “*domination over anyone*”. This was arguably the genesis of the term “*equality of opportunity*” in the Preamble to the Convention. If one were to stick to this originalist approach one could envision an open skies regime applicable globally where market access would be the inherent right of every carrier. This was not to be, as the polarized discussions ensued at the Conference, primarily between the United States, which was seeking a liberalized system where it could use the multitude of aircraft in its possession, and the United Kingdom which had several countries that it had colonized which were an asset to the United Kingdom in terms of capitalizing on their market protection. As a political compromise, Article 6 of the Chicago Convention was developed which has already been discussed⁴². The ideological clash between the Preambular clause pertaining to equality of opportunity and Article 6 could be a matter of discussion under Article 32 of the Vienna

⁴⁰ A. MCNAIR, *The Law of Treaties*, London, 1966, at 365.

⁴¹ *Proceedings of the International Civil Aviation Conference*, Chicago, Illinois, November 1-December 7, 1944, (Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, 1948), at 42–43.

⁴² A separate bilateral agreement was reached subsequently between the United States and the United Kingdom in Bermuda (called the Bermuda Agreement in 1946) which set the stage for bilateral agreements between other States. In the Agreement, while the United States compromised by withdrawing its opposition to the international regulation of fares and agreed that primary fare-setting functions should devolve upon the International Air Transport Association (IATA), the United Kingdom agreed to retract its earlier position that capacity should be regulated and recognized that airlines should be allowed to regulate capacity by determining their frequency on a given route provided that Governments were the ultimate arbiters of the control of capacity on the routes that were relevant to their territories. Accordingly, the Bermuda 1 Agreement determined that capacity should bear a strong and close relationship to the requirements of the public for air transport. See *Agreement between the Government of the United Kingdom and the government of the United States relating to Air Services between their respective Territories, Bermuda, 11 February 1946*. https://www.liquisearch.com/bermuda_agreement/bermuda_it.

Convention which provides that recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31: leaves the meaning ambiguous or obscure; or leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

This originalist approach, and surrounding circumstances can be questioned when one considers Article 31 of the Vienna Convention which states *inter alia* : “[T]here shall be taken into account, together with the context: (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; (b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; (c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended”, This essentially means that subsequent developments as well as agreements between parties that involve contemporary practices, must be considered.

3.2.2 ICAO and the Chicago Convention

It is particularly relevant to this discussion that ICAO was created by the Chicago Convention⁴³. Therefore, the Convention is *ipso facto* the constituent instrument of ICAO. The Vienna Convention in Article 5 states that: “[T]he present Convention applies to any treaty which is the constituent instrument of an international organization and to any treaty adopted within an international organization without prejudice to any relevant rules of the organization”. The fact that the Vienna Convention has the “without prejudice” clause makes ICAO’s rules standalone if such were to conflict with the provisions of the Vienna Convention, in particular in the context of ICAO’s aims and objectives; performance of its functions and other imperatives of practice⁴⁴.

In all other cases, the Vienna Convention’s provisions would be applicable in infusing its principles to the Chicago Convention. The “without prejudice” clause applies in particular to three recognized rules which deserve mention here in this context. Firstly, under the *Object and Purpose rule*, particular focus would be on the effective performance of ICAO and its constituent elements *i.e.* The Assembly; the Council⁴⁵; and the Secretariat and the special status they would enjoy which make ICAO rules standalone which regard to ICAO’s aims, objectives, and purpose. In the 1949

⁴³ Article 43 of the Chicago Convention says: “An organization to be named the International Civil Aviation Organization is formed by the Convention. It is made up of an Assembly, a Council, and such other bodies as may be necessary”.

⁴⁴ The International Court of Justice held in its opinion on the Nuclear Weapons case (WHO): “Such treaties can raise specific functions of interpretation owing *inter alia* to their character...the very nature of the Organization created, the objectives which have been assigned to it by its founders, the imperatives associated with the effective performance of its functions as well as its own practice, are all elements which may deserve special attention when the time comes to interpret constituent treaties”. ICJ *Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflict* [1996] ICJ Rep 66, para 19.

⁴⁵ Article 55 a) of the Chicago Convention provides: “[W]here appropriate and as experience may show to be desirable, create subordinate air transport commissions on a regional or other basis and define groups of states or airlines with or through which it may deal to facilitate the carrying out of the aims of this Convention.” This provision has given rise to the establishment of the regional civil aviation bodies ECAC; LACAC; AFCAC; and ACAC.

*Reparation for Injuries case*⁴⁶ The International Court of Justice held: “*In the opinion of the Court, the Organization was intended to exercise and enjoy, and is in fact exercising and enjoying, functions and rights which can only be explained on the basis of the possession of a large measure of international personality and the capacity to operate upon an international plane. It is at present the supreme type of international organization, and it could not carry out the intentions of its founders if it was devoid of international personality. It must be acknowledged that its Members, by entrusting certain functions to it, with the attendant duties and responsibilities, have clothed it with the competence required to enable those functions to be effectively discharged. Accordingly, the Court has come to the conclusion that the Organization is an international person. That is not the same thing as saying that it is a State, which it certainly is not, or that its legal personality and rights and duties are the same as those of a State. Still less is it the same thing as saying that it is "a super-State", whatever that expression may mean. It does not even imply that all its rights and duties must be upon the international plane, any more than all the rights and duties of a State must be upon that plane. What it does mean is that it is a subject of international law and capable of possessing international rights and duties, and that it has capacity to maintain its rights by bringing international claims*”⁴⁷.

The second principle pertains to subsequent practices of ICAO, where interpretation would be entirely based on a practice adopted by the Organization that would be *sui generis* and distinctive where such practice would deviate from the words of a treaty. For example, in exercising its jurisdiction under Articles 84-86 of the Chicago Convention the Council can establish its own rules of procedure and practice. As was held by Judge Lachs of the International Court of Justice: “*The Council shall ... determine its organization and rules of procedure.*” Within the powers thus vested in it, the Council approved, on 9 April 1957, the “*Rules for the Settlement of Differences*”. These were intended to “*govern the settlement of ... disagreements between Contracting States which may be referred to the Council*”, and “*the consideration of any complaint regarding an action taken by a State party to the Transit Agreement*” (Art. 1 (1) and (2) In the light of these provisions the Contracting States have the right to expect that the Council will faithfully follow these rules, performing as it does, in such situations, quasi-judicial functions, for they are an integral part of its jurisdiction. Such rules constitute one of the guarantees of the proper decision-making of any collective body of this character and they set a framework for its regular functioning: “*as such, they are enacted to be complied with*”⁴⁸.

The Third rule is *Autonomous Interpretation* which entitles an international organization to exclude itself from being tied to national legal concepts, terminologies, and traditions. Here again one could cite the opinion of the International Court of Justice in the *India v. Pakistan* case which stated: “*...the Council was prima facie competent to hear Pakistan's application. The Court further added that the Council could not be deprived of jurisdiction merely because considerations that are claimed to lie outside the Treaties may be involved*”⁴⁹.

⁴⁶ [1949] ICJ Rep 174.

⁴⁷ http://www.worldcourts.com/icj/eng/decisions/1949.04.11_reparation_for_injuries.htm.

⁴⁸ *India v Pakistan*, Judgment, ICJ Reports, 1972, at 33. For cases on this point concerning the United Nations see *ICJ Namibia*, [1971] ICJ Rep 16 para 22 and *Construction of a Wall in the Occupied Palestinian Territory*, [2004] ICJ Rep 136, paras 27-28.

⁴⁹ *Id.* Para 27.

4. Dispute Settlement

Centuries ago, Vattel set the pace on dispute settlement in the law of nations by saying “*If neither of the nations who are engaged in a dispute thinks proper to abandon her right or her pretensions, the contending parties are, by the law of nature, which recommends peace, concord, and charity, bound to try the gentlest methods of terminating their differences...compromise is a second method of bringing disputes to a peaceable termination. It is an agreement, by which, without precisely deciding on the justice of the jarring pretensions, the parties recede on both sides...when sovereigns cannot agree on their pretension, and are nevertheless desirous of preserving or restoring peace, they sometimes submit the decision of their disputes to arbitrators chosen by common agreement*”⁵⁰.

A commentary on the Vienna Convention follows Vattel’s fundamental premise of peaceful settlement when it says: “*it is commonplace that disputes over the application and interpretation of treaties should, like all other international disputes, be settled by peaceful means*”⁵¹. However, the Vienna Convention does not contain a specific provision on disputes concerning the interpretation of a treaty provision which is left to individual treaties themselves to provide for such. Article 65 of the Vienna Convention pertains to disputes concerning the invalidity or termination, withdrawal from or suspension of a treaty. Embodied in the Convention is the basic principle that disputes should be settled between States in conformity with the principles of justice and international law.

The Chicago Convention’s dispute settlement provisions follow the classic Vattelian doctrine. Article 14 of the Rules of Settlement promulgated by the Council in 1957, allows the Council to request the parties in dispute to engage in direct negotiations at any time if the Council is of the view that all avenues of a direct negotiation have not been exhausted by the concerned States. Article 84 states that if any disagreement between two or more contracting States relating to the interpretation or application of the Convention and its Annexes cannot be settled by negotiation, it must, on the application of any State concerned in the disagreement, be decided by the Council. No member of the Council must vote in the consideration by the Council of any dispute to which it is a party. Any contracting State has the discretion, subject to Article 85, appeal from the decision of the Council to an ad hoc arbitral tribunal agreed upon with the other parties to the dispute or to the Permanent Court of International Justice. It is required that any such appeal be notified to the Council within sixty days of receipt of notification of the decision of the Council.

A perceived inconsistency exists in the Chicago Convention between one of the mandatory functions of the Council and Article 84. Article 54 (n) provides that the Council may consider any matter referred to it. It is not clear whether this means that a distinction exists between the Council merely “*considering*” any matter in Article 54 (n) and the Council “*deciding*” on a dispute as provided in Article 84. One could argue that on a strict interpretation of Article 54 (n) even a disagreement between two States as envisaged under Article 84 could well be considered as “*any matter*” under Article 54 (n). On the face of it therefore seemingly the two provisions could well be interpreted as

Vattel, *The Law of Nations*, cit., at 450-451.
Vienna Convention, supra, note 10 at 12.

overlapping. The Council would not be perceived as functioning incorrectly if it merely considers a matter placed before it, despite a request of a State for dispute resolution in its application under Article 54 (n) as Article 54 (n) is perceived to be comprehensive as the operative and controlling provision that lays down mandatory functions of the Council. Article 85 follows by saying that in the event of any contracting State party to a dispute in which the decision of the Council is under appeal not accepting the Statute of the Permanent Court of International Justice and the contracting States parties to the dispute cannot agree on the choice of the arbitral tribunal, each of the contracting States parties to the dispute is required to name a single arbitrator who shall name an umpire. If either contracting State party to the dispute fails to name an arbitrator within a period of three months from the date of the appeal, an arbitrator must be named on behalf of that State by the President of the Council from a list of qualified and available persons maintained by the Council. If, within thirty days, the arbitrators cannot agree on an umpire, the President of the Council must designate an umpire from the list previously referred to. The arbitrators and the umpire are required then jointly constitute an arbitral tribunal. Any arbitral tribunal established under Article 85 or 84 Article must settle its own procedure and give its decisions by majority vote, provided that the Council may determine procedural questions in the event of any delay which in the opinion of the Council is excessive.

Article 86 on appeals provides that unless the Council decides otherwise any decision by the Council on whether an international airline is operating in conformity with the provisions of the Convention must remain in effect unless reversed on appeal. On any other matter, decisions of the Council if appealed from, will be suspended until the appeal is decided. The decisions of the Permanent Court of International Justice and of an arbitral tribunal shall be final and binding (It must be noted that the International Court of Justice was not in existence when the Chicago Convention was drafted which refers in this context to the predecessor).

A State can bring a disagreement before the Council of ICAO only on a question of interpretation of the Chicago Convention' provisions. In general, when it comes to settling on an interpretation of a treaty provision, it can be settled diplomatically, or through quasi-judicial or judicial means.

It is incontrovertible that the Council of ICAO is not a judicial body⁵². In the dispute between Qatar and Saudi Arabia *et.al* in 2020 The International Court of Justice observed: *“The Court observes that it is difficult to apply the concept of “judicial propriety” to the ICAO Council. The Council is a permanent organ responsible to the ICAO Assembly, composed of designated representatives of the contracting States elected by the Assembly, rather than of individuals acting independently in their personal capacity as is characteristic of a judicial body. In addition to its executive and administrative functions specified in Articles 54 and 55 of the Chicago Convention, the*

⁵² One commentator says: *“The Council of ICAO cannot be considered a suitable body for adjudication in the proper sense of the word—i.e. settlement of disputes by judges and solely on the basis of respect for law. The Council is composed of States (not independent individuals) and its decisions would always be based on policy and equity considerations rather than on pure legal grounds. . . . Truly legal disputes . . . can be settled only by a true judicial body which can bring into the procedure full judicial detachment, independence and expertise. The under-employed ICJ is the most suitable body for such type[s] of disputes”*. See M. MILDE, *Dispute Settlement in the Framework of the International Civil Aviation Organization, (ICAO)*, in *Settlement of Space Law Disputes*, Karl Heinz Bockstiegel Ed., 1980, at 87 at 95.

*Council 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*⁵³.

5. Effecting amendments to the Chicago Convention

Article 94 of the Chicago Convention provides that any proposed Amendment to the Convention must be approved by a two-thirds vote of the Assembly and then come into force in respect of States which have ratified such an Amendment when ratified by the number of contracting States specified by the Assembly. The number so specified must not be less than two-thirds of the total number of contracting States. If in its opinion the Amendment is of such a nature as to justify this course, the Assembly in its resolution recommending adoption may provide that any State which has not ratified within a specified period after the Amendment has come into force must thereupon cease to be a member of the Organization and a party to the Convention.

There are various key issues in this provision that need to be identified separately. Firstly, an Amendment has to be proposed (presumably by one or more member States) and approved at the ICAO Assembly with two thirds vote. Secondly, such an Amendment must be ratified by a specified number of States as specified by the Assembly (by Resolution) to enter into force and will only apply to those member States that have ratified the Amendment. Finally, the Assembly of ICAO is given the discretion to stipulate in the Resolution that any non-ratifying State will cease to be a member of ICAO and thereupon cease to be a contracting party to the Chicago Convention if that State does not ratify the Amendment within a time limit specified in the Resolution.

It is more efficient to start at the bottom of Article 94 for purposes of this discussion – the Resolution – where a conundrum emerges. A Resolution of ICAO is nothing but the outcome of political compromise between States and a State can mark its reservation that would render the Resolution destitute of effect for that State which would in turn give the State an opportunity to argue that non-ratification in this context does not render the State as removed from ICAO membership. Two international law professors of Oxford and Cambridge Universities have, in their respective textbooks on international law have confirmed the legal status of Resolutions of the United Nations (of which ICAO is a specialized agency). Ian Brownlie says that decisions by international conferences and organizations can in principle only bind those States accepting them⁵⁴. Shaw, referring to the binding force of United Nations General Assembly Resolutions states: “...one must be alive to the dangers in ascribing legal value to everything that emanates from the Assembly. Resolutions are often

⁵³ Appeal Relating to the Jurisdiction of the ICAO Council Under Article 84 of the Convention on International Civil Aviation (Bahr., Egypt, Saudi Arabia & U.A.E. v. Qatar), 2020 I.C.J. (Judgment) (July 14) [hereinafter ICJ Decision] at 23. For a more detailed discussion on the mechanisms the ICAO Council is able to invoke in rendering its findings in a dispute between ICAO member States see R. ABEYRATNE, *Decision of The International Court of Justice on the Qatar Issue and the ICAO Council, Issues in Aviation Law and Policy*, XX I, 2020, at 7 -26. See also generally by the same author, *Jurisdiction of The ICAO Council in The Settlement of Disputes—The Qatar Case, Annals of Air and Space Law*, XLV, 2000, at 483-504.

⁵⁴ I. BROWNIE, *Principles of Public International Law*, Oxford, 1990 4th Ed., p. 691.

the results of political compromises and arrangements and, comprehended in that sense, never intended to constitute binding norms. Great care must be taken in moving from a plethora of practice to the identification of legal norms”⁵⁵.

An Amendment under Article 94 must be approved by a vote of two thirds in the ICAO Assembly which makes it difficult to imagine how two thirds of attendees at an Assembly, which adopts Resolutions by consensus, would be of the same mind. To add to this bottleneck, Article 94 prescribes that an Amendment must come into force only upon ratification by two thirds of ICAO’s membership of 193 States which is an even more difficult hurdle to clear. An authority on international treaty law is of the view that treaties that establish international Organizations (such as ICAO) must devise their own modalities of adopting Amendments to their treaties although once the specified number of ratifications is reached such an amendment must come into force for all member States⁵⁶. Article 94 does not comport with this view. Finally, the message conveyed by Article 94 is that it will be almost impossible to amend the Chicago Convention.

On the other hand, the ICAO Council has regularly made Amendments to the Annexes to the Chicago Convention, the most recent being in the first quarter of 2022 when the Council adopted new Amendments to several safety-related Annexes Convention in regard to new international standards for electronic pilot licenses, flight operations, and continuing airworthiness responsibilities. In most cases the new standards were expected to become applicable on 3 November 2022⁵⁷.

One could argue that there have been additions to the Chicago Convention from time to time. Which may be considered Amendments. An example is Article 3*bis* adopted in 1984 as a result of the shooting down of Korean Air Flight 007 by the Russian Air Force. Article 3 is proclaimed within a “PROTOCOL relating to an amendment to the Chicago Convention. It is submitted that the word “*amendment*” is a misnomer as it is an addition to an existing provision (Article 3) which was not altered or changed in text or substance in any manner and remains as it was.

Article 39 of the Vienna Convention sets out the general rule regarding the amendment of treaties as: “*A treaty may be amended by agreement between the parties. The rules laid down in Part II apply to such an agreement except insofar as the treaty may otherwise provide*”. It is generally accepted that the term “*amendment*” denotes a formal agreement between states parties to alter the provisions of a treaty with respect to all of them⁵⁸. While Articles 3*bis*, 83*bis* and 93*bis* of the Chicago Convention do not alter all provisions therein, it is also debatable whether an ICAO resolution forms an agreement between parties. One conundrum is that it is not clear whether Article 39 of the Vienna Convention is meant for bilateral treaties only, although the Convention does not say so explicitly⁵⁹. In various discussions on the precise meaning of the word “*amendment*” has been interpreted as “*revision*” or “*review*”⁶⁰, none of which correspond to an addition to an existing text of treaty.

Another provision in the Vienna Convention that is relevant to this discussion is Article 40 which states *inter alia* that, unless the treaty otherwise provides, the amendment of

⁵⁵ M. N. SHAW, *International Law*, Cambridge, 2003 Fifth Ed, at 110.

⁵⁶ A. AUST, *Modern Treaty*, cit., at 215.

⁵⁷ <https://www.icao.int/Newsroom/Pages/ICAO-Council-adopts-amendments-supporting-electronic-pilot-licenses-flight-operations-continuing-airworthiness-responsibili.aspx>.

⁵⁸ Vienna Convention, *supra*, note 10 at 757.

⁵⁹ *Ibid.*

⁶⁰ Vienna Convention, *supra* at 760.

multilateral treaties must be governed by the principle that any proposal to amend a multilateral treaty as between all the parties must be notified to all the contracting States, each one of which has the right to take part in: the decision as to the action to be taken in regard to such proposal; the negotiation and conclusion of any agreement for the amendment of the treaty. Every State entitled to become a party to the treaty must also be entitled to become a party to the treaty as amended. This is a basic rule of procedure that applies to all treaties, including the Chicago Convention, as Article 4 in the phrase “*unless the treaty otherwise provides*” means either that a particular treaty has no amendment clause or that the amendment clause in a treaty is not exhaustive, as the latter is the case with the Chicago Convention. The rationale for this procedure is that all States must be involved in the decision-making process of amendment, and they must maintain the equality of status they hold in the international community.

In order to maintain this equality of status, typically, the amendment procedure should identify the number of parties or votes in the meeting convened to adopt the meeting that is needed to support the amendment before it is taken up for discussion; the majority needed for adoption of the amendment (which is specified in Article 94 of the Chicago Convention); whether the adopted amendment needs to be ratified (which is also provided for in the Chicago Convention); whether the amendment binds the parties which have not ratified it⁶¹. Article 94 deviates in the first and last of these requirements where it does not say how many votes are needed to support the amendment before it can be brought up for discussion, and whether the amendment would bind parties which do not ratify it.

An interesting thought has been put forward by one commentator who says: “...[F]ortunately, paragraph (b) of Article 94 provides for a “safety net” in just such a case: it specifies that any State which has not ratified within a specified period after the amendment has come into force shall thereupon cease to be a member of the Organization and a party to the Convention, rendering the amendment’s ratification almost obligatory, in order for states to avoid being marginalized”⁶². However, this exigency will arise only if the Resolution has expressed a condition that any State which does not ratify the amendment will cease to be a member of ICAO and a contracting State to the Chicago Convention.

6. Conclusion

There are a few basic principles that one can attenuate from the above discussion. The need for interpretation of the text of a treaty arises only when there is a need for such interpretation. A clearly expressed and explicit provision has to be developed and adopted, as the Vienna Convention puts it, in accordance with its ordinary usage and meaning. The Chicago Convention is replete with ambiguous terminology as this discussion shows. If the drafters of the treaty have used overtly diplomatic language to leave room for interpretation, an originalist approach to interpretation may not suit modern exigencies and therefore current trends and principles should be considered in interpreting the treaty as a living piece of legal literature. This notwithstanding, no State

⁶¹A. AUST, *Modern Treaty*, cit., at 216.

⁶²Y. KALOGIROU, *Do We Need a New Chicago Convention? Don't Replace It, Fix It!*, in the *Canadian Bar Association site*, January 17 2018. See <https://www.cba.org/Sections/Air-and-Space-Law/Articles/Chicago-Convention>.

party is entitled to interpret the treaty to its own benefit or advantage. There can be no arbitrary and capricious nuance attached to the provisions of a treaty. Interpretation should comport with established rules and in the spirit of *Pacta sunt servanda*.

As Article 34 of the Vienna Convention states treaties are valid and effectual only between States parties and not applicable to third States which are not parties or any other third party. The fundamental principles are laid out clearly in Articles 31 to 33 of the Convention which say that a treaty must be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. In this context treaties, their Annexes and any other relevant documents accepted by the parties to a treaty can be subject to interpretation. Any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions; any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation; and any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties can also be subject to interpretation. State parties can ascribe a special meaning to any statement or term if the parties agree to such. When a treaty has been authenticated in two or more languages, the text is equally authoritative in each language, unless the treaty provides or the parties agree that, in case of divergence, a particular text shall prevail (The Protocol on the Authentic Six Languages text of the Chicago Convention was signed on 1 October 1998⁶³).

The problem with the Chicago Convention is that, given its variance in abstruse terminology, the Vienna Convention itself – the beacon that shines a light on treaty law – has also obfuscated its language in laying down general principles by stating that a treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the “*ordinary meaning*” to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose. “*Ordinary*” connotes a common, routine or usual context of a normal order of things and events and it may not clearly provide interpretative guidance. The Chicago Convention and many of its Annexes which are technical in nature contain technical terminology and not ordinary words. In a hermeneutic sense the Chicago Convention and its unique and esoteric regime cannot always be interpreted in ordinary usage. In the aviation industry which is heavily regulated with regional, transnational and national regulations which are all expected to be under the umbrella of the Chicago Convention, any application of “*ordinary meaning*” of text must be teleological and related to the object and purpose of the provisions of the treaty.

⁶³ Article 1 of the Protocol recognizes English, French, Spanish, Russian, Arabic and Chinese as equally authentic texts of the Chicago Convention

Articoli e Saggi

Un rilevante contributo alla determinazione del diritto alla mobilità *

Raffaele Chiarelli

Straordinario di Istituzioni di Diritto pubblico e Direttore del Dipartimento di Scienze Giuridiche e Politiche dell'Università degli studi di Roma "G. Marconi"

Abstract

A significant contribution to the determination of the right to mobility.

The recent book by Francesco Gaspari on Territorio, formazioni sociali e tutela dei diritti fondamentali provides us with the opportunity to reflect on a wider perspective respect to that related to the urban transport. The author starts with the analysis of the most important relevant issues of urban transport, but also explores the different aspects of the relationship between the Constitutional State and the new fundamental social right to mobility.

Key words: freedom of movement; urban mobility; smart city; social rights; urban transport.

La continua espansione che ha conosciuto il diritto amministrativo, particolarmente dietro l'impulso di Massimo Severo Giannini, ha comportato, analogamente a quanto accaduto alla frontiera del West, una altrettanto continua mobilità dei suoi confini, che non hanno incontrato terre indiane, ma altre discipline scientifiche, altri linguaggi giuridici e non giuridici. Si è trattato di linguaggi e di nozioni che hanno coniugato i rapporti delle istituzioni con il mondo reale, rilevanti per il diritto, in un modo sempre più distante da quelle sicurezze che l'ispirazione geometrica del normativismo, ma anche la persistente influenza delle teologie monoteiste sulla configurazione della società politica e sull'unità della comunità sociale, hanno radicato da secoli nell'intelaiatura del discorso giuridico occidentale. Particolarmente indicativa di questi nuovi indirizzi della ricerca orientata ad utilizzare gli approdi di una pluralità di linguaggi e di metodologie scientifici, ma consapevole delle conseguenze ontologiche delle espressioni linguistiche, può considerarsi la problematica della *smart city*, a cui Francesco Gaspari ha dedicato un

* Approvato dalla direzione della Rivista.

Contributo redatto in occasione della presentazione del libro di F. GASPARI, *Territorio, formazioni sociali e tutela dei diritti fondamentali. Una nuova prospettiva del diritto alla mobilità*, Bari, 2021, svoltasi il 31 maggio 2022 presso l'Università degli studi "G. Marconi" di Roma.

¹ Sulle quali ha particolarmente insistito P. G. MONATERI, *I confini della legge. Sovranità e governo del mondo*, Torino, 2014, p. 112 ss.

importante volume, la cui lettura parrebbe per molti aspetti rivelarsi utilmente preliminare all'analisi delle riflessioni che possono, a mio avviso, costituire un filo conduttore di *Territorio, formazioni sociali e tutela dei diritti fondamentali*.

La difficoltà di una esaustiva definizione giuridica di *smart city* che, accanto alla ritrosia a lungo manifestata dai giuristi per lo studio della città, sembra aver riflesso il carattere largamente multidisciplinare della nozione, evocativo degli approdi di una cameralistica dei nostri tempi non funzionale unicamente ad alimentare e rafforzare una *potestas inspiscendi suprema*, ma oramai largamente condizionata dalle implicazioni spesso idealizzate, ma comunque sussistenti, della rivoluzione digitale. E il mio scivolamento *retrotopico* potrebbe completarsi con il paragone del condiviso carattere paradigmatico su scala globale della *smart city* con la ricorrente riproposizione, nelle città dell'Impero, del modello cittadino di Roma con il cardo e il decumano, le terme etc., che parrebbe confermare l'opportunità di studiare e costruire concettualmente, sulla base dei servizi forniti, ma soprattutto delle esigenze dei governati, non solo lo spazio urbano, ma anche l'amministrazione cittadina ed il diritto amministrativo, nell'evocazione di quella funzione promozionale del diritto indicata da Bobbio³, nella prospettiva dello Stato sociale, che avrebbe anche comportato il superamento della tendenza a risolvere la tutela dei diritti nella semplice attivazione della rappresentanza politica⁴. A differenza di quanto accadeva per la determinazione dei sapienti percorsi viari e degli acquedotti nell'Urbe, il panorama complessivo desunto dalle varie esigenze dei governati non avrebbe potuto unicamente indirizzare gli orientamenti programmatici di uno Stato divenuto promotore della crescita e dell'innovazione⁵, ma avrebbe comportato la valutazione della traducibilità delle differenti istanze dei governati in un tessuto di diritti e obblighi.

In una sintesi grossolana di quanto esposto sull'argomento da Francesco Gaspari, il disegno delle persistenti esigenze dei governati, che avrebbe delineato i profili della *smart city* e di una nuova cittadinanza amministrativa, sarebbe anche risultato ispirato ad impedire l'asservimento dell'uomo alla macchina e alla tecnica, che, attraverso l'impersonalità e l'automatismo dei comandi, parrebbe inevitabilmente comportare, si è osservato, la stessa negazione della libertà di obbedire, che costituirebbe il necessario presupposto dell'obbedienza⁶. Questa grave minaccia allo *status libertatis* dei singoli non

² Che F. GASPARI, *Smart city, agenda urbana multilivello e nuova cittadinanza amministrativa*, Napoli, 2018, p. 49, ha opportunamente rilevato per il passato, segnalando invece la ricchezza dei contributi di ricerca a partire dal terzo millennio, e particolarmente dopo J.-B. Auby, anche in Italia illustrati in *Territorio, formazioni sociali e tutela dei diritti fondamentali. Una nuova prospettiva del diritto alla mobilità*, Bari, 2021, p. 1 ss.

³ N. BOBBIO, *Dalla struttura alla funzione. Nuovi studi di teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 87 ss.

⁴ Che più di trent'anni fa G. REBUFFA, *Costituzioni e costituzionalismi*, Torino, 1990, p. 43 ss., aveva sinteticamente indicato come una delle principali conseguenze costituzionali della Rivoluzione francese.

⁵ Che, per F. BASSANINI, G. NAPOLITANO, L. TORCHIA, *Introduzione a Lo Stato promotore. Come cambia l'intervento pubblico nell'economia*, Bologna, 2021, p. 17, indicherebbe lo svolgimento da parte dello Stato, di "un ruolo nuovo di promozione e di sostegno, attraverso una pluralità di strumenti, talora oggetto di misure estemporanee, altre volte espressione di una logica organica". Rilevando il superamento dello Stato regolatore, anche F. Gaspari, *Territorio, formazioni sociali*, cit., p. 112, avverte la necessità di un ruolo dello Stato, ma "senza previa etichetta e qualificazione" che perverrebbero a indirizzarlo verso una specifica attività, destinata a risultare "limitativa di fronte alle nuove sfide post-globali".

⁶ La stessa parola obbedire, secondo N. IRTI, *Viaggio tra gli obbedienti*, Milano, 2021, p. 162 ss., perderebbe, in tal caso, "quel significato soggettivo e interiore che l'accompagna da secoli : non più l'intimo processo della coscienza, l'attuazione dell'ascolto, il tormentoso dibattersi tra il sì e il no, la conclusiva durezza della decisione, ma la fredda e pacificante funzionalità tecnica che attende soltanto l'oggettiva esecuzione", in un contesto complessivo in cui la "distinzione dialettica tra capitale e lavoro, tra rapporti

deriverebbe solo direttamente dall'algoritmo, ma anche dalla consolidata rigidità di inclusivi automatismi tecnici nelle impostazioni culturali e negli assetti amministrativi che avrebbero perpetuato e incrementato diseguaglianze e limitazioni di libertà.

La lettura olistica di “*città intelligente*” come “*luogo vissuto, che prende forma nell'intreccio tra spazio geografico, spazio sociale e spazio politico*” sembra aver suggerito a Francesco Gaspari un approfondimento dell'analisi del rapporto tra territorio e mobilità umana, che avrebbe costituito la trama attorno a cui è stata posta in essere un'originale e meditata riflessione che, partendo dalla problematica del trasporto locale, è pervenuta ad esplorare le diverse dinamiche della relazione tra quello che viene considerato lo Stato costituzionale e quella che potrebbe indicarsi come una configurazione dell'autonomia locale collocata nella prospettiva di una nuova civiltà urbana, quale ambito di espressione di quello che costituirebbe il nuovo diritto sociale fondamentale alla mobilità⁷.

Nella dimensione problematica proposta, anche se la materia del trasporto pubblico locale resterebbe, in quanto residuale, attribuita alla Regione, la questione della mobilità con le sue molteplici implicazioni sembra attraversare, senza restarne invischiata, quella complicata e macchinosa distribuzione di dosaggi e di filtri di competenze, della quale, a mio avviso, la riforma del Titolo V avrebbe largamente finito per affidare il completamento, oltre che l'interpretazione, al giudice delle leggi.

Nell'elegante prospettazione di Francesco Gaspari, il percorso di costruzione del nuovo diritto alla mobilità non sembra essenzialmente derivare da una particolare lettura dell'art. 16 della Costituzione, ma parrebbe riflettere una posizione giuridica più ampia e complessa della libertà di circolazione, “*preordinata a soddisfare diversi interessi pubblici e a migliorare la qualità della vita dei cittadini*”⁸, illustrata nella prospettiva di un nuovo assetto del governo del territorio che tenga anche conto delle funzioni e del rilievo costituzionale della città metropolitana .

Anche se i limiti costituzionali alla libertà di circolazione e di soggiorno non possono non riguardare la mobilità che, come la circolazione, rivelerebbe contiguità e strumentalità con la libertà personale⁹, il percorso di costruzione del diritto alla mobilità non sembra configurare una trasformazione della libertà di circolazione.

Il profilo del diritto alla mobilità non muove unicamente dalle diverse istanze della città intelligente, nel solco della continua costruzione di quello che è stato indicato come il costituzionalismo dei bisogni¹⁰, ma si riassume e si articola nel complessivo rapporto del territorio, concepito, da quando, con il mercantilismo, sarebbe divenuto strumento di controllo della popolazione¹¹, come fonte di obblighi¹², con un insieme di situazioni

di proprietà e fasi produttive , viene assorbita e dissolta nel funzionamento dell'organizzazione tecnica” (p. 164).

⁷ Che il nuovo assetto cittadino debba essere preceduto e determinato dalla riforma delle condizioni esistenziali della popolazione era stato sostenuto anche da Z. BAUMAN, *Città di paure, città di speranze*, trad. it. M. DE PASCALE, Roma, 2018, p. 53 ss.

⁸ F. GASPARI, *Territorio, formazioni sociali*, cit., p. 48.

⁹ Come ha rilevato G. AMATO, *Art.13 e Art. 16*, in *Commentario Branca alla Costituzione*, Bologna-Roma, 1977, p. 4 e 124.

¹⁰ Che avrebbe espresso ad un tempo, illustrava S. RODÒTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 94 ss., il risultato e la fonte di una molteplicità di conflitti.

¹¹ Che A. DI MARTINO, *Il territorio: dallo Stato-nazione alla globalizzazione. Sfide e prospettive dello Stato costituzionale aperto*, Milano, 2010, p. 88 ss.

¹² Parrebbe anche nel solco delle riflessioni di T. PERASSI, *Sul concetto di ente territoriale*, in *Scritti giuridici*, I, Milano, 1958, p. 135, che avrebbe espresso “*una signoria sulle persone nell'ambito di uno spazio determinato*”.

giuridiche attive e passive, di diritti e di doveri, che non riguarderebbero solo la circolazione e il soggiorno, ma il complesso dei diritti sociali ed altro ancora. Il diritto alla mobilità, nel lodevole impegno pionieristico di Francesco Gaspari, sembra aprire la strada al tentativo di adeguare la necessaria dinamica del bilanciamento dei diritti, tradizionalmente considerata propria dello Stato costituzionale, agli effetti del dinamismo umano, di una mobilità in continuo incremento che sembra caratterizzare l'epoca contemporanea.

Come il trasporto locale, anche qualora si potesse rivelare organicamente collegato al complesso dei servizi della città intelligente resterebbe, e non potrebbe non restare, intrinsecamente connesso alla rete dei trasporti nazionali e internazionali, così gli effetti della mobilità non possono circoscriversi ad un comune o ad una Regione.

L'uomo, i cui bisogni delineano la città intelligente, l'uomo titolare di diritti e destinatario di doveri che Francesco Gaspari prende in esame, non è esclusivamente il cittadino, non è il comunista, né il viaggiatore motorizzato e non sembra neppure poter configurare l'uomo situato, plasmato e differenziato dalle sue relazioni, inventato da Georges Burdeau¹³. Anche se considerato come soggetto relazionale, il titolare del diritto alla mobilità, nell'abitare e nel transitare, sembra restare espressione di un'autonomia in grado di resistere ad ogni eteronomia giuridica e sociale¹⁴. Non solo perché la *smart city* non è considerata impenetrabile, ma essenzialmente “*aperta*”, proiettata alla “*soddisfazione di bisogni umani e sociali a rilevanza costituzionale, come la mobilità*”¹⁵, ma soprattutto perché parrebbe potersi collocare alla base dell'analisi di F. Gaspari la constatazione delle diseguaglianze e delle discriminanti limitazioni di libertà che possono derivare dalle modalità di esistenza, dall'organizzazione e dal funzionamento del trasporto locale. È pertanto l'intreccio dei tanti diritti il cui esercizio è condizionato dalla mobilità che induce a riflettere sulla necessaria connessione della mobilità con principi costituzionali di eguaglianza e di libertà, posti alla base dei diritti fondamentali.

Proprio dal riferimento all'uomo, all'individuo umano indipendentemente dalla residenza, dal sesso, dalla cittadinanza, dall'etnia, dalla religione e dalla professione, oltre che dall'esigenza del rispetto della dignità umana, che sembra trarre decisivo vigore la proposta di inclusione del diritto alla mobilità tra i diritti costituzionalmente garantiti¹⁶. E la sostenibilità del trasporto pubblico gratuito¹⁷ sembra potersi anche collegare ad una generale prospettiva di sostenibilità culturale¹⁸.

¹³ Inteso da G. BURDEAU, *La democrazia*, trad. it. V. MAZZEI, Milano, 1964, p. 20 ss., come “*l'uomo quale incontriamo nelle relazioni della vita quotidiana, quale lo caratterizzano, la sua professione, il suo ambiente e i suoi mezzi di vita, i suoi gusti, i suoi bisogni, le possibilità che gli si offrono...l'uomo condizionato dall'ambiente, come ci si sarebbe rivelato nell'osservazione concreta, non in una riflessione metafisica del suo essere*”.

¹⁴ Secondo quanto illustrato da A. FALZEA, *Introduzione alle scienze giuridiche. Il concetto di diritto*, Milano, 2008, p. 447.

¹⁵ F. GASPARI, *Territorio, formazioni sociali*, cit., p. 17 e 33.

¹⁶ Proprio perché, secondo A. TOURAINE, *La fin des sociétés*, Paris, 2013, p. 178 e 175, la difesa dell'universalità dei diritti umani, collocandosi al di sopra della specificità di ogni situazione economica, sociale e giuridica, può rivelarsi persuasiva nei confronti di forze politiche e sociali differenti e contrastanti.

¹⁷ F. GASPARI, *Territorio, formazioni sociali*, cit., p. 121.

¹⁸ Che D. PORENA, *Il principio di sostenibilità. Contributo allo studio di un programma costituzionale di solidarietà intergenerazionale*, Torino, 2017, p. 301 ss. ha efficacemente illustrato.

Articoli e Saggi

**Distanza e giurisdizione.
Dal Præfectus Urbi all'Eparca della città
(di Costantinopoli),
alcune brevi note storico-giuridiche ***

Danilo Ceccarelli Morolli

*Membro Corrispondente del Pontificio Comitato di Scienze Storiche
Ordinario nella Facoltà di Diritto Canonico Orientale del Pontificio Istituto Orientale
Associato nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università G. Marconi
Palme Accademiche dell'Università G. Marconi*

Abstract

Distance and jurisdiction. From the præfectus urbi to the “eparch” of the City (of Constantinople), some brief historical-legal notes.

Distance and jurisdiction have always been connected. This article aims to highlight how the Roman legal experience had already raised this issue, with particular reference to the præfectus urbi who in Constantinople assumes, as “eparch” (ἐπαρχος), even greater importance as an institution of judicial administration and not only.

Key words: jurisdiction, history of Prefect of the City; Præfectus urbi; Eparch (ἐπαρχος).

Sommario — 1. Introduzione — 2. Dal Præfectus Urbi all'Eparca (ἐπαρχος) della città (di Costantinopoli). — 3. Verso una conclusione

1. Introduzione

Diritto, trasporti e giurisdizione – come rileva questa prestigiosa rivista scientifica – sono da sempre collegati, direi intimamente. Ancor di più giurisdizione e distanza. Infatti non esiste una giurisdizione che possa essere globale, bensì questa è sempre limitata al fattore geografico, precipuamente alla distanza. Così, ad esempio, la giurisdizione delle corti supreme degli Stati pur essendo la più ampia territorialmente, abbraccia il territorio dello Stato e non può valicare i confini dello stesso. Scendendo invece nelle giurisdizioni inferiori, queste appaiono egualmente ancorate al territorio specifico e quindi al concetto di distanza. Sul piano internazionale, come ben noto, sono molteplici i problemi,

* Sottoposto a referaggio.

ad esempio, che si stanno incontrando nell'*Outer Space*, come ultimamente rimarcato da due eminenti studiosi del settore¹.

Dunque, diritto e distanza, se vogliamo *ius* e spazio, sono legati fra di loro. In geometria la distanza tra due punti su un piano o nello spazio è la lunghezza del segmento di retta che li ha come estremi; su di una superficie sferica è la lunghezza di un segmento di geodetica.

I primi a pensare e realizzare una *red line* organizzata e coerente tra “*distanze*” sono stati probabilmente i Romani. L’esperienza giuridica romana, partendo forse dal concetto di *limes*, ovvero limite², si posero il concetto di quantità di giurisdizione in relazione ad un determinato spazio, imponendo così un limite stesso alla giurisdizione.

Tra i molti esempi, ritengo che il ruolo del prefetto della città di Roma, traslato poi nell’Impero Romano d’Oriente, possa essere indicativo di ciò.

2. Dal *Præfectus Urbi* all’*Eparca* (ἑπαρχος) della città (di Costantinopoli)

Il Prefetto della città – *præfectus urbi* – è una delle figure più antiche della storia costituzionale romana³. Egli compare già in età arcaica, nel periodo regio, in cui aveva il compito di rappresentare il *rex* in caso di assenza di quest’ultimo. Durante l’età repubblicana⁴, egli viene in gran parte “*oscurato*” dal pretore – *prætor urbanus* istituito nel 367 a.C. – che ha compiti, guarda caso, propriamente giudiziari e dunque possiede una *iurisdictio* che attua nella fase *in iure* delle varie tipologie processuali romane e che poi nel tempo si succedono⁵.

Tuttavia, egli permane e agli inizi del principato è proprio OTTAVIANO AUGUSTO che rinverdisce tale istituzione e carica⁶, facendo del *præfectus urbi* il proprio sostituto per i casi di assenza e soprattutto ridando nuova linfa al ruolo ampliandone anche le funzioni e scegliendolo dal rango equestre e divenendo così nel 13 a.C. un ufficio stabile nell’organigramma del Principato⁷ e se inizialmente era scelto tra i senatori, col tempo, viene scelto anche tra i cavalieri. Tuttavia, la dottrina appare ancora oggi divisa sul fatto che il *præfectus urbi* sia stato provvisto oppure no di *imperium*. Probabilmente a “*complicare*” le cose risiede il fatto che tale figura racchiudeva ben altre magistrature, molto diverse fra loro per attività e competenza, molte delle quali certamente erano *sine imperio*⁸. La pretura certamente assorbì in età repubblicana la prefettura e – come

¹ F. GASPARI, A. OLIVA, *The Consolidation of the Five UN Space Treaties into One Comprehensive and Modernized Law of Outer Space Convention: Toward a Global Space Organization: Considerations de Lege Ferenda*, in G. D. KYRIAKOPOULOS, M. MANOLI (eds.), *The Space Treaties and Crossroads*, Springer 2019, p. 183 ss.

² T. DALLA MASSARA, *The Law and the Line: The Literary Mirroring of a Paradigm*, in *Pólemos* 12/2 (2018), p. 233 ss.

³ A. GUARINO, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1988 (12° ed.), p. 229 ss.; B. STRATI, *Il prefetto nell’esperienza giuridica romana*, in *Instrumenta* 10 (2000), p. 176-207.

⁴ Sul tema, si segnala: X. PÉREZ LÓPEZ, *Il “præfectus urbi” repubblicano e la sua proiezione nella tarda Repubblica e nel Principato*, in *Rivista di Diritto Romano*, XIII, 2013, [<https://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/allegati/dirittoromano13Perez.pdf>].

⁵ In generale sull’evoluzione del processo civile romano, cfr. A. PALMA, *Il luogo delle regole. Riflessioni sul processo civile romano*, Torino, 2016.

⁶ Ancora si ritiene rilevante la monografia di G. VITUCCI, *Ricerche sulla “præfectura urbi” nell’età imperiale (sec. I-III)*, Roma, 1956.

⁷ Per la cronaca fu nominato prefetto della città L. Calpurnio Pisone, che poi fu riconfermato da Tiberio.

⁸ Oltre al *præfectus urbi* si avevano infatti il *præfectus legionum* (ufficiale che faceva le veci del generale in sua assenza); il *præfectus annonæ* (magistrato preposto alla sorveglianza del prezzo e del mercato del grano); il *præfectus castrorum* (ufficiale che provvedeva ai lavori di accampamento del *castrum*); il celebre

osservata a suo tempo, ad esempio, da Giuseppe GROSSO – “*Pare che all’inizio del principato il potere di polizia e la giurisdizione del praefectus urbi si estendesse all’Italia, ma in seguito essa è limitata a Roma e ad un raggio di cento miglia da Roma, al di là del quale la competenza è attribuita al praefectus praetorio*”⁹. Appare oggi evidente che il praefectus urbi entra nel quadro della *cognitio extra ordinem* nell’età del principato e assume poteri e prerogative in virtù del fatto che è scelto dal princeps¹⁰. Tra le sue prerogative spicca la sovrintendenza delle forze di polizia nell’Urbe da cui – secondo alcuni autorevoli autori – discenderebbe la giurisdizione per l’appunto nell’ambito di quella *cognitio extra ordinem*¹¹ che proprio il princeps inizia a praticare sempre di più.

Tra i vari autori, forse, PÉREZ LÓPEZ è colui che recentemente sembrerebbe aver trovato un equilibrio tra le varie tendenze dottrinarie; egli, infatti, asserisce che: “*Più indizi segnalano, a mio avviso, che la nomina del praefectus urbi funzionava, a tutti gli effetti, come una delega della totalità delle attribuzioni dei magistrati superiori a favore del praefectus urbi, creando così il nominante una sorta di duplicato di se stesso rispetto alle attribuzioni da lui esercibili. [...] Probabilmente, man mano che tutti i magistrati superiori si assentarono sempre più spesso della città e si dovette sempre più frequentemente fare ricorso alla soluzione a carattere straordinario che era la nomina del praefectus urbi, si iniziò la ricerca di soluzioni a carattere permanente*”¹². E questa “permanenza”, come ben noto, iniziata con OTTAVIANO si concretizzò sotto TIBERIO.

Tra le varie fonti che descrivono il prefetto della città (di Roma), ovvero il praefectus urbi, certamente il Digesto di GIUSTINIANO (imp. dal 527 al 565) appare come quella più significativa. Infatti, il dodicesimo titolo del primo libro dei *Digesta* è propriamente dedicato al prefetto¹³. I compilatori dei *Digesta* attingono al libro unico sull’ufficio del prefetto dell’urbe di Ulpiano. L’incipit è eloquente: “*Omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit, nec tantum ea, quae intra urbem admittuntur, verum ea quoque, quae extra urbem intra Italiam, epistula divi Severi ad Fabium Cilonem praefectum urbi missa declaratur*”¹⁴. Poche linee più avanti si asserisce che: “*(...) quidquid igitur intra urbem admittitur, ad praefectum urbi videtur pertinere. sed et si quid intra centensimum*

praefectus praetorio (comandante delle coorti pretoriane, ma anche magistrato con funzioni giudicanti d’appello), il *praefectus vigilum* (comandante dei *vigiles*); il *praefectus classis* (ovvero il comandante della flotta, diremmo noi oggi l’ammiraglio); il *praefectus aerarii* (custode dell’erario e carica in origine affidata ai questori e loro assistenti detti tribuni dell’erario); il *praefectus fabrum* (preposto alle diverse categorie di artefici dell’esercito); il *praefectus iuri dicundo* (magistrato che veniva ogni anno inviato in città per amministrare la giustizia). Nel 90 a.C. la *lex Julia* fece cessare le *praefecturae*.

⁹ G. GROSSO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Torino, 1965 (5° ed.), rist. 2021, p. 373.

¹⁰ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *Storia del diritto romano*, Napoli 1989 (7° ed), p. 251.

¹¹ Cfr. G. VALDITARA, *Diritto pubblico romano*, Torino, 2013, p. 185.

¹² X. PÉREZ LÓPEZ, *op. cit.*, p. 8.

¹³ I compiti del Prefetto, tratti dal *Liber Singularis* di Ulpiano e riportati nel *Digestum* erano ampi: dalla sorveglianza dei luoghi pubblici al controllo di alcuni prezzi fino al controllo delle associazioni (cfr. D. 1.12.1.12, D. 1.12.1.9, D. 1.12.1.11, D. 1.12.1.14); ma oltre a tali compiti – definibili oggi come di ordine pubblico – vi era anche l’attuazione della giurisdizione civile e penale, come si vedrà nei brani seguenti del *Digestum* stesso. Sul tema, cfr. D. MANTOVANI, *Sulla competenza penale del “praefectus urbi” attraverso il “Liber Singularis” di Ulpiano*, in A. BURDESE (a cura di), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova, 1988, p. 233 ss.

¹⁴ D. 1.12.1; trad.: “*Nella epistola del divo Severo, inviata a Fabio Cilone prefetto dell’Urbe, si dichiara che la prefettura dell’Urbe rivendicò a sé del tutto <la giurisdizione su> tutti i crimini: non soltanto su quelli che vengano commessi entro l’Urbe, ma anche su quelli commessi fuori dell’Urbe <ma> entro l’Italia*” (S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae – Testo e traduzione*, I, 1-4, Torino 2005, p. 122). Cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *Aspetti della “giurisdizione civile” del “praefectus urbi” nell’età severiana*, in *Labeo*, n. 39/2, 1993, pp. 174 ss.

*miliarium admissum sit, ad praefectum urbi pertinet: si ultra ipsum lapidem, egressum est praefecti urbi notionem*¹⁵. Quest'ultima statuizione fissa, o meglio ricorda, che la *iurisdictio* del prefetto della città si estendeva per 100 miglia oltre l'Urbe. Il titolo del Digesto giustiniano conclude, infine, sul tema rammentando che: "*Praefectus urbi cum terminos urbis exierit, potestatem non habet: extra urbem potest iubere iudicare*"¹⁶, quasi a ribadire il "limite" della *iurisdictio* del prefetto stesso entro il territorio, anche se viene ammessa una certa influenza fuori dallo stesso, ma è evidentemente un riflesso di potere più che un'attuazione piena di giurisdizione. Sappiamo infatti che il *praefectus urbi* rimodellato da AUGUSTO¹⁷, trovò sua definitiva sistemazione sotto TIBERIO (imp. 14 d.C. al 37 d.C.) proseguendo poi per tutto il tardo impero, divenendo il vertice dell'amministrazione giudiziaria civile e penale ed addirittura giudice esclusivo di prima istanza per le materie riguardanti i senatori nonché sede di appello per i verdetti del prefetto dell'annona e del prefetto dei vigili. Incaricato inoltre di poteri di polizia urbana possedeva alle sue dipendenze unità armate le *cohortes urbanae*, atte a garantire compiti di polizia nell'Urbe¹⁸. Per la cronaca, prima di Giustiniano, nel 425 Galla Placidia, reggente di Valentiniano III, indirizza una costituzione al prefetto della città, Fausto, in cui si asserisce che egli ha il compito di perseguire coloro che si erano allontanati dalla comunione con Papa di Roma (inclusi i Manichei) entro le 100 miglia dalla città¹⁹; dunque Giustiniano nel Digesto certamente si rifà alla fonte teodosiana.

La teoria fatta propria da STRATI²⁰ che considererebbe il *praefectus urbi* come un funzionario civile delegato dal potere centrale e non già un magistrato vero e proprio, non mi sembra "congrua" con quanto poi asserito dagli stessi *digesta* giustiniani. Quasi a rafforzare tale ipotesi, ritengo che si possano invocare anche taluni brani di alcune *Novellae* giustiniane. Infatti, lo stesso GIUSTINIANO in diverse *Novellae* sembra quasi ritornare sul ruolo e la funzione del *praefectus urbi*. Lungi da chi scrive il voler essere esaustivo, a titolo d'esempio si riportano alcuni riferimenti in merito come segue.

Nella *Novella 12* (del 10 ottobre 535) intitolata *De Praetoribus populi*, l'imperatore fa esplicito riferimento al prefetto dell'Urbe verso cui è assegnato un altissimo rango e quindi il titolo di *illustre-illustrissimo*²¹. Nella *Novella 38* (15 feb.

¹⁵ D. I.12.1.4; trad.: "Pertanto, tutto ciò che si commette entro l'Urbe si considera essere di competenza del prefetto dell'Urbe; ma, anche se si sia commesso alcunché entro il centesimo miglio, ciò è di competenza del prefetto dell'Urbe; se <invece lo si sia commesso> oltre tale pietra miliare, è fuori dalla competenza a conoscere del prefetto dell'Urbe" (SCHIPANI, *op. cit.*, p. 123).

¹⁶ D. I.12.3; trad.: "Il prefetto dell'Urbe, quando sia uscito dai confini dell'Urbe, non ha potestà: <tuttavia> può ordinare <ad altri> di giudicare fuori dell'Urbe" (brano questo preso dal Libro secondo all'Editto, sempre di ULPIANO; cfr. SCHIPANI, *op. cit.*, p. 124-5).

¹⁷ SVETONIO, *Augusto*, 37; Dione Cassio, *Storia Romana*, LII, 21.

¹⁸ A. BERGER, s.v. *Praefectus Urbi*, in *Idem, Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1991 (reprint), p. 644.

¹⁹ CTh. 16.5.62: "*Manichæos hæreticos schismaticos sive mathematicos omnemque sectam catholicis inimicam ab ipso aspectu urbis Romae exterminari praecipimus, ut nec praesentiae criminorum contagione foedetur. Circa hos autem maxime exercenda commonitio est, qui pravis suasionibus a venerabilis papæ sese communione suspendunt, quorum schismate plebs etiam reliqua vitatur. His conventionem praemissa viginti dierum condonavimus indutias, intra quos nisi ad communionis redierint unitatem, expulsi usque ad centesimum lapidem solitudine quam eligunt macerentur. Dat. XVI kal. aug. Aquileiae Theodosio a. XI et Valentiniano caes. cons. (425 iul. 17 [aug. 6])*".

²⁰ STRATI, *op. cit.*, p. 181 ss.

²¹ Nov. 13, 1§2: "*Revera enim dignitatem hanc, olim honestam constitutam et in seniore Roma in usu frequentatam splendide, in temporibus non solum quae imperatores habuerunt, sed et adhuc longius, et magna civitas haec suscipiens dignitatem non despectam habuit. Neque enim in multum veteribus*

536), Giustiniano, ritorna, incidentalmente, sul tema nel preambolo asserendo che la legge riconosce ai “*generali*” il rango prefettizio²². Né mancano alcune novelle indirizzate proprio all’allora Longino, come *praefectus urbi*, per varie questioni²³. Particolarmente significativa alla Nov. 62 (del 537), sul rango senatorio, in cui l’imperatore asserisce che il prefetto della città detiene la presidenza del senato²⁴. Inoltre la Novella 77 (del 538) ricorda che i prefetti della città hanno il dovere di arrestare i sacerdoti che si macchiano del reato di blasfemia²⁵. Parimenti, con la Nov. 94 (del 18 ott. 539) l’imperatore ricorda che ai prefetti dalla città incombe l’osservanza della legge sulla tutela dei figli da parte delle madri. Infine per completare alcuni esempi, la Nov. 122 (in greco, del marzo 544) ricorda l’obbligo di sorveglianza – il *ius in vigialando* – del prefetto della città sugli operai specializzati. Su questo scenario, cui ho necessariamente solo accennato, si muoverà poi la capitale dell’Impero Romano d’Oriente che trasla dall’età costantiniana il *praefectus urbi* nella città di Costantinopoli²⁶. Infatti l’11 dicembre dell’anno 359, viene nominato il primo prefetto della città di Costantinopoli, il suo nome è: ONORATO²⁷. In Costantinopoli egli verrà ben presto appellato con il lemma greco di eparca (ἑπαρχος)²⁸.

temporibus didicimus aliquos magnas dignitates administrantes, quae circa imperium sunt, et post haec non dignatos de hac re sollicitudinem fieri: paulatim ita res abiecta visa est et nullae rei digna, ut neque ex codicillis nostris <fieret>, iaceret autem super gloriosissimis praefectis felicissimae huius civitatis, et multa ex ordine eorum istam suscipientes dignitatem et administrasse eam omnino pessime. Etenim si quis aspiciat antiquitatis eius simbolium, vehementer eam qualis pridem erat, et de his quae nunc sunt docebitur; cognoscat enim eam et forum proprium et officium commentariensis habentem et alia omnia, quae paene civitatis cingulo a legibus deputata sunt”.

²² Nov. 38, prefatio : “[...] Sed et multas istas et diffusas munificentias abrogavimus, non concedentes liberari curia aliter nisi per maximarum dignitatum adeptionem, patriciatu aut consulatu aut praefecturae sive civilis sive militaris (praefecturae autem esse et eas quae principatum agunt exercitus lex novit): unde qui praefecturae dignitatem administraverit in ipso actu constitutus, et sive administrans eam sive principatum agens exercitus, iste liberatur a condicione secundum nostram legem, aliis omnibus exceptionibus abrogatis. Nam <quae> propter solum honorem dantur tales dignitates (praefectorias dicimus qualis et magistromilitatus dici potest) non eximere de curiae albo eos qui haec meruerunt sanximus. Haec itaque in anterioribus a nobis sancita sunt cum aliis multis, quae licebit ex ipsis olim positae legibus advertere. Absolvimus autem et quosdam a curiae condicione, diversas his pragmaticas concedentes leges, quas omnes firmas esse volumus, et praesentem sanctionem ab undecima indictione nuper delapsa incohare, ex <quo> nobis <in> consilio venit haec lex”.

²³ Così ad esempio Nov. 43 (del 17 mag. 537) e la Nov. 63 (del 9 mar. 538) e la Nov. 64 (del 19 gen. 538).

²⁴ Nov. 62.2: “sancimus praesulem quidem amplissimi senatus (secundum <quod> sibi antiquissimae series memoriae vindicat) urbicariam esse praefecturam et primam sedem ei dedicari, postea autem omnes eminentissimos senatores patricos numerari, videlicet ut, si qui ex his et consulatu insignibus decorantur, secundum consulatu ordinem habeant inter se emergentem praerogativam; his procul dubio qui in ipso actu consulatu gesserunt aliis omnibus consularibus in suo ordine anteposendis”.

²⁵ Nov. 77.2: “Praecipimus enim gloriosissimo praefecto regiae civitatis permanentes praedictis illicitis et impus actibus et post haec nostram admonitionem et comprehendere et ultimis subdere suppliciis, ut non ex contemptu talium inveniatur et civitas et respublica per hos impios actus laedi”.

²⁶ Tra i molti, cfr. G. DAGRON, *Naissance d’une capitale: Constantinople et ses institutions de 330 à 451*, Paris, 1984, p. 215-226.

²⁷ C. MORRISON (a cura di), *Il mondo bizantino, I., L’Impero Romano d’Oriente (330-641)*, Torino, 2007, p. 279. In realtà l’istituzione dell’eparca rimpiazza la posizione dell’*anthypatos* che era incaricato dell’amministrazione della città. Cfr. A. GKOUTZIOUKOSTAS, *The administration of Constantinople*, in S. BASSETT (ed.), *The Cambridge Companion to Constantinople*, Cambridge, 2022, p. 231.

²⁸ Sull’eparca si segnalano i seguenti studi critici: J-C. CHEYNET, *L’Éparque: correctifs et additifs*, in *Byzantinoslavica*, XLIII, 1984, p. 50-54; R. GUILLAND, *Études sur l’histoire administrative de l’empire byzantine. L’Éparque. I-II. L’Éparque de la ville - Ὁ ἑπαρχος τῆς πόλεως*, in *Byzantinoslavica*, XLI, 1980,

Nell'Impero Romano d'Oriente, il prefetto ora ἑπαρχος, acquisisce un rinnovato splendore assurgendo in poco tempo a dignitario di primissimo livello. Egli è giudice superiore a Costantinopoli dopo ovviamente l'imperatore, è capo della polizia e esercita la propria giurisdizione sugli stranieri nonché sulle prigionie. In breve, egli è "erede" del *Præfectus Urbi*, assommando a sé una pluralità di compiti e funzioni che necessitavano di personale sottostante specializzato e ben formato.

Così nel periodo post-giustiniano, l'eparca aveva come proprio sostituto ovvero vice il legatario (λεγατάριος), anch'egli di nomina imperiale, che aveva l'obbligo di controllo di tutti i registri nonché delle merci esportate e di quelle importate. L'eparca inoltre era coadiuvato dagli "esarchi" (ἑξάρχιοι), che erano i "presidenti" delle stesse corporazioni, il cui funzionamento appare paragonabile a quello degli odierni ordini professionali.

In breve, l'ἑπαρχος assomma una serie di funzioni non solo giurisdizionali ma anche ispettive e di controllo sulle attività economiche e finanziarie. La fonte giuridica nota come "Libro dell'Eparca" (Ἐπαρχικὸν βιβλίον)²⁹, ascrivibile al IX secolo, ci mostra – anche se parzialmente – l'organizzazione di alcune corporazioni costantinopolitane³⁰ e con esse il ruolo dell'ἑπαρχος e del λεγατάριος come sovrintendenti al buon andamento dei commerci, mostrandoci un sistema economico e finanziario ampiamente controllato dall'impero³¹. Molto si è discusso su tale fonte, che viene oggi considerata come un vero e proprio prodromo di ciò che definiamo diritto dell'economia³².

Il "nostro" eparca è descritto anche nei *Basilikà* (Βασιλικά), opera giuridica monumentale dell'Impero Romano d'Oriente, promulgata nell'888 e articolata in ben sessanta libri³³.

p. 17-32 e 145-180; Idem, *Études sur l'histoire administrative de l'empire byzantine. L'Éparque. III. L'Aparchie - ἀπὸ ἐπαρχῶν*, in *Byzantinoslavica* XLIII, 1982, p. 30-44.

²⁹ Per tale fonte si segnala le edizioni e le traduzioni realizzate da: J. KODER, *Das Eparchenbuch Leons des Weisen*, "Corpus Fontium Historiæ Byzantinæ" XXIII – Series Vindobonensis, Wien, 1991; I. DUJČEV (ed.), *To Eparchikon Biblion - The Book of the Eparch - Le Livre du Prefet*, London, 1970, (Variorum Reprints).

³⁰ Si fornisce qui l'indice del "Libro dell'Eparca", come segue: (i) dei notai; (ii) degli argentieri; (iii) dei cambiavalute; (iv) dei mercanti di vesti e delle vesti preziose; (v) dei mercanti di tessuti importati (dalla Siria) (vi) dei mercanti di seta (grezza); (vii) dei riparatori della seta; (viii) dei fabbricanti di seta; (ix) dei mercanti di lino; dei profumieri; (xi) dei cerai e dei fabbricanti di cera; (xii) dei saponieri; (xiii) dei droghieri; (xiv) dei sellai; (xv) dei macellai; (xvi) dei mercanti di suini; (xvii) dei pescivendoli; (xviii) dei panettieri; (xix) dei pubblicani; (xx) del legatario (il sostituto del prefetto); (xxi) dei commercianti dei cavalli; (xxii) degli "imprenditori" ovvero di tutte le categorie di artigiani, falegnami, marmisti, fabbri, pittori ed altri.

³¹ N. OIKONOMIDES, *The Role of the Byzantine State in the Economy*, in A. E. LAIOU (ed.), *The Economic History of Byzantium: From the Seventh through the Fifteenth Century*, III, Washington D.C., 2002, p. 973-1058.

³² D. CECCARELLI MOROLLI, *Per una geopolitica del diritto dell'Impero Romano d'Oriente*, Roma, 2020, p. 62 ss.

³³ H.J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, D. HOLWERDA, *Basilicorum Libri LX*, Groningen 1953-1988 (*Series A: Text*, VIII.; *Series B: Scholia*, IX.; in toto XVII.). Precedentemente vi era l'edizione di W.E. HEIMBACH, *Basilicorum Libri LX cum scholiis*, Lipsiæ, 1833-1870; questa è stata riedita in Italia recentemente, in tre volumi (ristampa digitale a cura di M. A. FINO con *Prefazione* di F. GORIA, Milano, 2002). Per uno sguardo alla dottrina, cfr.: S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, Torino, 2015, p. 165 ss.

I *Basilikà* pongono nel libro sesto sia il prefetto della città che l'ufficio del prefetto del pretorio scegliendo così di trattare ambo gli uffici in un unico titolo, che è il quarto.

“Περὶ τάξεως ἐπάρχων πόλεως καὶ τάξεως ἐπάρχου πραιτωρίων. α'. Οὐκ ἔξεστιν ἐκκαλεῖσθαι κατὰ ψήφου ἐπάρχων”. Mentre poco dopo, si ribadisce che: “β'. (...) ζητεῖ καὶ τὰ ἐντὸς ἑκατὸν μιλίων ἔξω τῆς πόλεως πλημμελοῦμενα, οὐ μὴν τὰ πορρωτέρω”³⁵.

Dunque, anche se sono trascorsi più di tre secoli dal Digesto, i *Basilikà*, seppur con diversa attitudine nomotecnica, ribadiscono sostanzialmente il limite giurisdizionale dell'eparca a 100 miglia dalla città imperiale (Costantinopoli). Per la cronaca le cento miglia “*bizantine*” corrispondono attualmente all'incirca a cento quaranta-cinquanta chilometri³⁶.

L'evoluzione del *praefectus urbi* così come lo aveva *de facto* concepito OTTAVIANO, sembra, nella capitale dell'Impero Romano d'Oriente, giungere a compimento, direi quasi una sorta di “*potenziamento*” del proprio potere e delle prerogative, anche giurisdizionali. Il grande intellettuale bizantino PSELLO, nell'XI sec., non esitava a definire che all'eparca “*mancava solo la porpora*”³⁷, facendo così intendere che dopo l'imperatore egli era la massima autorità nella capitale. Lo studioso britannico EDWIN H. FRESHFIELD, nella sua introduzione al *Libro dell'Eparca*, ha paragonato l'eparca di Costantinopoli al *Lord Major* di Londra durante l'Impero britannico³⁸; tale paragone appare calzante.

Per la cronaca, dall'VIII sec. all'XI egli è direttamente posto sotto l'imperatore³⁹, mentre, alcuni secoli dopo, ovvero tra il XIII-XV sec., è posto sotto direttamente sotto l'autorità del *Mesazon* (μεσάζων, ossia il “*primo ministro*”)⁴⁰, per poi comparire addirittura al ventitreesimo posto nella scala gerarchica di corte nell'opera dello Pseudo-KODINOS del XV secolo⁴¹.

L'eparca della città, non solo in base alla lettura dei Βασιλικά ma anche dell'Ἐπαρχικὸν βιβλίον appare come una figura nevralgica. Così ad esempio, successivamente, nell'*Ecloga Basilicorum* – che è una sorta di sinossi e commento ai primi dieci libri dei *Basilikà* (redatto in Costantinopoli nella prima metà dell'XI sec.)⁴², l'eparca figura come ancora elencato tra i giudici (ἄρχοντες) superiori⁴³. Ciò fa comprendere in modo “*definitivo*” come egli sia tra i giudici che posseggono giurisdizione (ἐξουσία)⁴⁴ superiore.

³⁴ B. VI.4.1; trad.: “*dell'ufficio dell'eparca della città e del prefetto del pretorio. Non è lecito appellare una sentenza dei prefetti*”.

³⁵ B. VI.4.2; trad.: “*inquisisce anche quei delicta che sono commessi entro cento miglia dall'Urbe, né in realtà quelli oltre*”. I *Basilikà* sembrano riprendere la norma che appare nell'*Eisagoge* (4.4.) e poi nella *Peira* (51.9).

³⁶ E. SCHILBACH, s.v. *Measures*, in *Oxford Dictionary of Byzantium*, II, p. 1325 ss.

³⁷ PSELLO, *Chronographia*, I, p. 10.

³⁸ Così viene riprodotto in: I. DUJČEV I. (ed.), *To Ἐπαρχικὸν Βιβλίον -The Book of the Eparch – Le Livre du Prefet*, London, 1970, p. 207.

³⁹ Cfr. J. HALDON, *Structures and Administratio*, in E. JEFFREYS, J. HALDON, R. CORMACK (eds.), *The Oxford Handbook of Byzantine Studies*, Oxford, 2008, p. 549.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 551.

⁴¹ R. MACRIDES, J.A. MUNITZ, D. ANGELOV, *Pseudo-Kodinos and the Constantinopolitan Court: Offices and Cerimonies*, “*Birmingham Byzantine and Ottoman Studies*” 15, Dorchester, 2013, p. 465.

⁴² L. BURGMANN (ed.), *Ecloga Basilicorum*, “*Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte*” 15, Frankfurt am Main, 1988, p. 7-18 [qui di seguito citata come *Ecloga Basilicorum*].

⁴³ *Ecloga Basilicorum* B. 2.3.70 (112.20-24).

⁴⁴ Così ad es. E. A. SOPHOCLES, *Greek Lexikon of the Roman and Byzantine Periods (from BC 146 to AD 1100)*, New York, 1900 (rist. 1957), p. 487; anche cfr. J. SIGNES CODOÑER J., J. D. RODRÍGUEZ MARTÍN, F. J. ANDRÉS SANTO, *Diccionario Jurídico Bizantino Greigo-Español sobre la base de la Introducción al derecho del patriarca Focio y de las Novelas de León VI el Sabio*, Granada, 2018, p. 217-218.

In breve, egli è tale per lo meno fino al XII-XIII, mentre dopo inizia il suo declino. Probabilmente il sacco di Costantinopoli, ad opera della IV Crociata nel 1204, contribuisce al declino di questa antica istituzione, che proprio COSTANTINO aveva traslato nella capitale d'Oriente. Ma sappiamo bene che l'*annus horribilis* dell'Impero è stato proprio il 1204, in quanto la formazione dell'Impero Latino d'Oriente altera tutto il quadro geopolitico della civiltà bizantina; in una parola il sacco di Costantinopoli è il vero punto di inizio della scesa, una fase che – a parte la riconquista della stessa capitale da parte dei Palologi (nel 1261) – si contraddistingue come l'età del declino.

3. Verso una conclusione

Giurisdizione e limite territoriale alla stessa, dal *praefectus urbi* all'*eparca* fino ai giorni nostri, sono correlati. Il concetto, stigmatizzato dall'esperienza giuridica romana che ritroviamo nei *Digesta* di GIUSTINIANO e poi nei *Basilikà* del IX sec. dell'Impero Romano d'Oriente, non sembra aver subito delle mutazioni (almeno nella sostanza); anzi l'*eparca* resta un punto di riferimento fondamentale non solo per la direzione e la sorveglianza delle corporazioni, ma anche come riferimento giudiziario nella capitale d'Oriente ed è così per diversi secoli. Eppure nonostante questa magistratura sia eminente ed eccellente, la sua giurisdizione non poteva *ex lege* superare le cento miglia di distanza.

Se Costantinopoli trasla da Roma le sue istituzioni, in realtà Roma inizia a trattare la questione della “distanza” in relazione alla giurisdizione già con la creazione del *praetor peregrinus* (nel 242 a.C.); egli infatti è il pretore per i *peregrini* ovvero gli stranieri. Nel caso del *praetor peregrinus* il concetto di distanza non è stigmatizzato da un numero, ma da uno *status*, ossia i *peregrini*, cioè gli stranieri che pur abitando distanti però in Urbe risiedono e operano con i loro commerci. Non è questa la sede per addentrarsi sulla *iurisdictio* del pretore ovviamente, ma tutto ciò per dire che il concetto di distanza che viene poi riproposto, in modo chiaro e numerico (le 100 miglia), per il *praefectus urbi*–*ἑπαρχος* parte da lontano e rappresenta un chiaro esempio del concetto di “limite” nel diritto (processuale).

Articoli e Saggi

La revisione del Piano Nazionale degli Aeroporti e il nuovo paradigma regolatorio proposto dall'ENAC *

Francesco Gaspari

*Associato di Diritto amministrativo
Università degli studi di Roma "G. Marconi"*

Abstract

The revision of the Airport National Plan and the regulatory paradigm proposed by the ENAC.

The paper deals with the proposal of a new Piano Nazionale degli Aeroporti (Airport National Plan) drawn up by the ENAC (the Italian civil aviation authority) and submitted to the Italian Ministry of sustainable infrastructures and mobility in October 2022. The Plan, together with other regulatory trends currently under way, shows as the ENAC acts as a promoter of a new EU aviation policy. Such a new model of public administration upheld by the Authority can be seen through the theory of the s.c. Enabling State, as codified in Article 118, par. 4 of the Italian Constitution. In the second part, the work focuses on the new multilevel system in the field of air transportation law, and more specifically on the twofold dimension of resilience (both conservative and transformative).

Key words: ENAC, Airport National Plan, EU aviation policy, Enabling State, resilience.

Sommario — 1. L'aggiornamento e la revisione del Piano Nazionale degli Aeroporti (PNA) — 2. L'ENAC come promotore di una "nuova politica europea di settore" — 3. L'ENAC come nuovo modello di pubblica amministrazione e la teorica del c.d. Stato facilitatore — 4. Il nuovo sistema multilivello dei trasporti e la duplice dimensione della resilienza (conservativa e trasformativa) — 5. Resilienza trasformativa, connettività "aria-aria" e coinvolgimento delle comunità locali.

1. L'aggiornamento e la revisione del Piano Nazionale degli Aeroporti (PNA)

L'Ente nazionale dell'aviazione civile (ENAC), che agisce come autorità unica di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile a

* Sottoposto a referaggio.

in Italia (art. 687 c. nav.) nel rispetto dei poteri derivanti dal Codice della Navigazione, ha ricevuto dal Ministro delle infrastrutture e della mobilità sostenibili (MIMS) il mandato per procedere con l'aggiornamento e revisione critica del vigente Piano Nazionale degli Aeroporti (PNA)¹.

La natura del Piano è chiarita dallo stesso ENAC, secondo cui il PNA rappresenta un “*documento di indirizzo politico di sviluppo verso una transizione ecologica del trasporto aereo e verso una nuova forma di mobilità*”². Si tratta di un documento particolarmente importante, in quanto s’inserisce in uno scenario geopolitico molto complesso, a valle della Pandemia Covid-19, peraltro ancora non completamente superata, in piena crisi energetica e ambientale, e con una guerra (di fatto il terzo conflitto mondiale) che si sta combattendo in Ucraina³.

Il nuovo PNA, in particolare, secondo quanto si legge nel medesimo documento, viene sviluppato in una ottica di integrazione intermodale e vuole rappresentare un capitolo del più ampio Piano Generale dei Trasporti e della Logistica di competenza governativa. Il Piano ridisegna il perimetro d’interesse dell’aviazione civile traguardando il 2035, in un percorso di riconciliazione del trasporto aereo con la tutela dell’ambiente, tanto da essere coerente e permeabile rispetto ai temi della sostenibilità ambientale, della digitalizzazione e dell’innovazione tecnologica, assi portanti del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR)⁴.

Atteso che il Piano costituisce uno strumento nazionale di pianificazione strategica, esso comprende gli elementi coerenti con gli indirizzi politici del Governo in materia di ricerca e sperimentazione in ambito aerospaziale. Nel medesimo Piano è inoltre incluso il tema dell’Urban/Advanced Air Mobility (UAM/AAM), anche al fine di garantire la coerenza dei programmi nazionali di questo settore con i piani di sviluppo degli scali⁵.

2. L’ENAC come promotore di una “nuova politica europea di settore”

Già nelle sue Linee guida per l’aggiornamento e la revisione del PNA, emanate ad ottobre 2021⁶, l’ENAC prospetta e si fa promotore di una “*nuova politica europea di settore*”, che consolida il processo di liberalizzazione e privatizzazione del trasporto aereo, avviato a livello regionale (Unione europea) agli inizi degli anni Ottanta del secolo scorso e codificato sul piano normativo UE a più riprese nel tempo⁷.

¹ ENAC, Linee guida recanti *Piano Nazionale degli Aeroporti. Aggiornamento e revisione*, ottobre 2021, p. 3, le quali si soffermano anche sul PNA attualmente vigente e sui relativi limiti (ivi, p. 7 ss.). Il Piano Nazionale degli Aeroporti vigente è stato approvato come allegato al DPR 17 settembre 2015 n. 201 in esito ad una lunga procedura iniziata nel 2011 con lo Studio predisposto dall’ENAC. Sul vigente Piano Nazionale Aeroporti sia consentito rinviare a F. GASPARI, *Capacità e diritti aeroportuali nell’Unione europea e nell’ordinamento interno: recenti sviluppi*”, in *Dir. trasp.*, n. 1, 2016, p. 105 ss., spec. p. 114 ss.

² ENAC, Piano Nazionale degli Aeroporti - Proposta di Piano, ottobre 2022, p. 3.

³ Cfr., in merito, ENAC, Proposta di PNA, cit., p. 3.

⁴ ENAC, Proposta di PNA, cit., p. 3.

⁵ Sul punto si erano già espresse le Linee guida 2021 dell’ENAC, cit., p. 17.

⁶ Le Linee guida dell’ENAC sono consultabili al seguente link: https://www.camera.it/application/xmanager/projects/leg18/attachments/upload_file_doc_acquisiti/pdfs/000/007/711/PNA_lineeguida_ott21.pdf.

⁷ Sul processo di liberalizzazione e privatizzazione del trasporto aereo si vedano, tra i numerosi contributi esistenti in letteratura, P. DI PALMA, *Il diritto degli aeroporti nel processo di liberalizzazione e privatizzazione del trasporto aereo: casi e questioni*, Roma, 2006; Id., *La liberalizzazione dei diritti di traffico per le compagnie comunitarie all’interno dell’unione*, in *Rass. avv. Stato*, n. 1, 2005, p. 9 ss.

Una tale (nuova) politica s'ispira ai canoni dell'innovazione tecnologica e della tutela dell'ambiente, in cui trovano spazio, in un mercato in crescita esponenziale, gli scenari satellitari volti a delineare una più razionale utilizzazione degli spazi aerei e a risolvere il problema della saturazione della capacità aeroportuale dei grandi scali europei.

Infatti, nella Proposta di Piano predisposta dall'ENAC e trasmessa, nel mese di ottobre 2022, al MIMS e da questo posta in consultazione dal 19 ottobre 2022 al 21 novembre 2022⁸, si individuano chiaramente le tematiche/obiettivi che il nuovo PNA è chiamato ad affrontare/perseguire⁹, vale a dire (i) la sfida ambientale e della sostenibilità, (ii) la capacità di resilienza delle strategie di sviluppo, (iii) l'evoluzione tecnologica e la digitalizzazione, (iv) l'impatto dei cambiamenti climatici, (v) la piena integrazione funzionale in una logica intermodale tesa anche a ridurre le differenze tra zone del Paese con differenti livelli di accessibilità ai servizi di trasporto. È evidente che l'innovazione tecnologica e la tutela dell'ambiente (centrali anche nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza – PNRR) trovano ampio spazio nel nuovo PNA.

Ed è la stessa Proposta di Piano che affronta *ex professo* tale aspetto, laddove afferma che *“Il contributo che il Sistema Paese è in grado di mettere sul mercato dei trasporti continentale trova [...] la sua strategia fondante nei temi cardine del PNRR e del Next Gen EU (sostenibilità ambientale, digitalizzazione, innovazione tecnologica, intermodalità), in un processo di riconciliazione dell'intero settore aerospaziale con l'ambiente che vuole ridefinire il concetto di “viaggio per via aerea” come finora conosciuto”*¹⁰.

3. L'ENAC come nuovo modello di pubblica amministrazione e la teorica del c.d. Stato facilitatore

Tra gli obiettivi del Piano, sembra emergere anche un altro aspetto non trascurabile, che è il ruolo dell'Amministrazione pubblica (ENAC), che si pone come nuovo modello di amministrazione, non solo settoriale (limitata all'ambito dell'aviazione), ma anche generale, ponendo come base per lo sviluppo del trasporto aereo la teorica del c.d. Stato facilitatore (*enabling State*).

La teoria dello Stato facilitatore (come logico sviluppo dello “Stato regolatore” e, prima ancora, dello “Stato imprenditore”¹¹) implica un nuovo ruolo dei pubblici poteri, i quali sono essenzialmente chiamati a prevedere le condizioni per una marcata progettualità “dal basso”. Secondo tale impostazione, compito dei pubblici poteri è quello di favorire *“l'autonoma iniziativa 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,

⁸ Cfr. <https://www.mit.gov.it/comunicazione/news/aeroporti-il-piano-nazionale-consultazione-fino-al-21-novembre-2022>. A seguito dell'esame delle osservazioni ricevute, il PNA verrà adottato con DPR, probabilmente nella prima metà del 2023.

⁹ ENAC, Proposta di PNA, cit., punto 1.6, p. 23.

¹⁰ ENAC, Proposta di PNA, cit., punto 1.6, p. 23.

¹¹ Così E. CHITI, *La rigenerazione di spazi e beni pubblici: una nuova funzione amministrativa?*, in F. DI LASCIO, F. GIGLIONI (a cura di), *La rigenerazione di beni e spazi urbani. Contributo al diritto delle città*, Bologna, 2017, p. 15 ss., spec. p. 29 ss.; cfr. anche S. CASSESE, *Le prospettive*, in L. TORCHIA (a cura di), *Il sistema amministrativo italiano*, Bologna, 2009, p. 507 ss., spec. p. 513 ss.

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”¹².

Secondo una scuola di pensiero¹³, la sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.) viene inquadrata nell’ambito della crisi della statualità – formatasi nel corso del XX secolo –, e costituisce la risposta all’insoddisfazione verso un modello di pubblica amministrazione “responsabile della cura d’interessi pubblici per conto della collettività”¹⁴. In tale prospettiva, si è osservato che il fine ultimo della interazione collaborativa tra amministrazione e formazioni sociali sia quello di realizzare “non solo la maggior prossimità o vicinanza dell’amministrazione ai cittadini, ma anche, ove possibile, l’immedesimarsi dell’amministrazione nelle formazioni sociali, attraverso cui si esprime l’organizzazione della società stessa”¹⁵.

A tale crisi della statualità sembrano fare implicitamente riferimento anche le Linee guida ENAC del 2021 sulla revisione del vigente PNA, nelle quali si ritiene necessario “il superamento di una datata politica dirigistica legata all’esigenza di tutelare vecchi monopoli, il rafforzamento dell’Italia in ambito comunitario ed europeo, intercettando i bisogni legati alla mobilità dei cittadini in un contesto territoriale – l’Europa – che non solo geograficamente ma anche culturalmente rappresenta l’identità nazionale, quanto meno, per le nuove generazioni”¹⁶.

Nell’approccio dello Stato facilitatore, il compito delle istituzioni è quello di dare fondamento e copertura giuridica alla autonoma iniziativa dei cittadini, singoli o associati¹⁷, anche se – ebbene precisare – la vigente formulazione dell’art. 118, comma 4, Cost., “non legittima in alcun modo un “ritrarsi” dei soggetti pubblici in presenza delle «autonome iniziative dei cittadini per lo svolgimento di attività di interesse generale», bensì richiede al contrario che i soggetti pubblici “favoriscano” tali attività”¹⁸.

Tale approccio viene nel PNA fatto proprio dall’ENAC, come ha recentemente ribadito il Presidente dell’Ente Pierluigi Di Palma¹⁹.

¹² 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 C. IAIONE, *La città come bene comune*, in *Aedon*, n. 1, 2013, par. 2.

¹³ Sul principio di sussidiarietà orizzontale (ex art. 118, comma 4 Cost.) la letteratura è notevole e qui non integralmente riproducibile. Si veda, per tutti, S. CASSESE, *L’arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 601 ss.; G. ARENA, *Amministrazione e società*, cit., p. 43 ss.

¹⁴ Così V. CERULLI IRELLI, L. DE LUCIA, *Beni comuni e diritti collettivi. Riflessioni de jure condendo su un dibattito in corso*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, II, Napoli, 2015, p. 1131 ss., spec. par. 1.

¹⁵ G. PASTORI, *La redistribuzione delle funzioni: profili istituzionali*, in *Le Regioni*, n. 5, 1997, p. 751 ss., spec. p. 752. Più recentemente, dello stesso A., si veda Id., *Le cittadinanze amministrative*, in A. BARTOLINI, A. PIOGGIA (a cura di), *Le cittadinanze amministrative. Percorsi e prospettive dell’amministrazione tra diritti e doveri a 150 anni dalle leggi di unificazione amministrativa*, Firenze, 2016, p. 429 ss., spec. p. 434.

¹⁶ ENAC, *Linee guida 2021*, cit., p. 3. Carattere non corsivo aggiunto.

¹⁷ Cfr., in merito, G. ARENA, *L’amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi nel rapporto con cittadini ed enti del Terzo Settore*, in *Giur. cost.*, 2020, p. 1449 ss., spec. p. 1452.

¹⁸ G. ARENA, *L’amministrazione condivisa ed i suoi sviluppi*, cit., p. 1452.

¹⁹ P. DI PALMA, *Relazione introduttiva tenuta al Convegno La città dei droni. Mobilità urbana sostenibile, valorizzazione del territorio e innovazione tecnologica*, svoltosi all’Università Europea di Roma il 18 ottobre 2022.

4. Il nuovo sistema multilivello dei trasporti e la duplice dimensione della resilienza (conservativa e trasformativa)

Un altro punto che merita di essere menzionato in queste brevi note è il concetto di resilienza, a cui l'ENAC fa ricorso, non solo in conseguenza degli effetti negativi prodotti dalla Pandemia Covid-19, ma anche in un orizzonte più ampio, evocando a tal proposito la c.d. "resilienza trasformativa".

In generale e sul piano multilivello (a cominciare da quello regionale UE), l'importanza di completare lo spazio unico europeo dei trasporti previsto dal Libro bianco dei trasporti del 2011²⁰ come fattore cruciale per garantire che il sistema dei trasporti sia realmente resiliente alle crisi future è messo in evidenza dalla Strategia per la mobilità sostenibile dell'Unione²¹, 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"*²². Non solo, pertanto, resilienza "conservativa" (o difensiva), volta a difendere e conservare l'esistente, ma anche propositiva o trasformativa diretta a *promuovere la coesione, ridurre le disparità regionali e migliorare la connettività e l'accesso al mercato interno per tutte le regioni*.

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 sociali) e l'idea di resilienza come metodo di azione, regola di condotta, regola nelle relazioni organizzative²³. Secondo alcuni autori, la resilienza non è un principio (così invece nella vulgata comune e nella citata Strategia della Commissione), ma deve *"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"*²⁴. La resilienza, nella sua duplice dimensione (conservativa e trasformativa) è pertanto un obiettivo del nuovo sistema dei trasporti dell'Unione europea; ma lo è anche per l'Italia, e non potrebbe essere altrimenti.

In particolare, l'ENAC nelle citate Linee guida, richiamato il concetto di resilienza – che *"ben si adatta al mondo del trasporto aereo ed a quello aeroportuale in particolare"* –, chiarisce che la resilienza non vada intesa *"solo come capacità di adattamento ai cambiamenti imposti da improvvisi mutamenti delle condizioni al contorno, ma anche come ripensamento della filosofia stessa di sviluppo delle infrastrutture aeroportuali in funzione di un quasi automatico bisogno di adattamento alla evoluzione delle necessità"*²⁵. È così che l'Autorità nazionale fa proprio il concetto di *"resilienza trasformativa"*, che configura come *"un percorso che non riporti semplicemente, attraverso la capacità di adattamento, alle condizioni precedenti lo shock vissuto ma si evolva "rimbalzando in avanti" su un sentiero di sviluppo sostenibile"*²⁶.

²⁰ 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*.

²¹ 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.

²² Parte 1, punto 5. Si veda anche parte 4, punto 73.

²³ Così A. POLICE, *Resilienza amministrativa e gestione dei rischi*, in G.F. FERRARI (a cura di), *Smart city. L'evoluzione di un'idea*, Milano-Udine, 2020, p. 65 ss., spec. p. 66.

²⁴ A. POLICE, *Resilienza amministrativa e gestione dei rischi*, cit., p. 68.

²⁵ ENAC, Linee guida 2021, cit., p. 4.

²⁶ ENAC, Linee guida 2021, cit., p. 4; ENAC, Proposta di PNA, cit., punto 1, p. 10.

Una tale concezione di resilienza, pertanto, non è certamente sussumibile nella figura della “retrotopia”²⁷, bensì in una sorta di “utopia sostenibile”²⁸, come necessità che nasce da crisi, mutamenti e shock di varia natura, ma non si limita a ciò, andando tale concezione della resilienza a delineare anche i presupposti per uno sviluppo sostenibile.

Un tale approccio è seguito dall’ENAC proprio nel nuovo Piano, nell’ambito del quale la resilienza trasformativa “non deve riportarci indietro nel tempo ma deve costituire un elemento appunto di rimbalzo che dovrà, necessariamente, portare ad un ripensamento delle precedenti politiche sviluppo”. Siffatto concetto, chiosa l’Autorità nazionale, “deve trovare applicazione nel settore del trasporto aereo”²⁹.

5. Resilienza trasformativa, connettività “aria-aria” e coinvolgimento delle comunità locali

La nuova *policy* affermata dall’ENAC mira a coinvolgere tutti gli attori del settore (approccio multistakeholder) nel quadro della “resilienza trasformativa”. Tale approccio porta, non solo a concepire una “diversa forma di sviluppo per le infrastrutture aeroportuali finalizzato all’incremento della capacità della rete nazionale”, come chiarisce la Proposta di PNA predisposta dall’ENAC³⁰, ma anche a sollecitare iniziative dal basso (*bottom-up*), nell’ottica della teorica dello Stato facilitatore.

Tale nuovo approccio emerge chiaramente nell’ambito del nuovo concetto di connettività “aria-aria” configurato dall’ENAC, che va “oltre i voli di linea commerciale tradizionali e che radicalizz[a] la rete di trasporto e potenzi[a] le catchment area di ciascun nodo”³¹.

In tale prospettiva, appare utile richiamare l’esperienza italiana in materia di *Urban Air Mobility* (UAM) e, in particolare, il Piano Strategico Nazionale AAM (2021-2030) per lo sviluppo della Mobilità Aerea Avanzata in Italia pubblicato il 30 settembre 2021.

In questi ultimi anni, accanto all’utilizzo militare e istituzionale degli aerei a pilotaggio remoto (APR), l’interesse verso questo “strumento” ha riguardato anche ambiti civili e commerciali (come l’agricoltura, la fotografia e le riprese televisive, la mappatura e il monitoraggio delle infrastrutture, la pesca, ecc.)³², relativi non solo al trasporto aereo, ma anche a quello marittimo³³ e stradale³⁴, e se ne prevede un crescente impiego anche nel

²⁷ 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.

²⁸ E. GIOVANNINI, *L’utopia sostenibile*, Roma, 2018.

²⁹ ENAC, Linee guida 2021, cit., p. 4.

³⁰ ENAC, Proposta di PNA, cit., punto 1.6, p. 23.

³¹ ENAC, Proposta di PNA, cit., punto 1.6, p. 23.

³² M. M. COMENALE PINTO, *Assicurazioni e responsabilità extracontrattuale nella navigazione aerea*, in *Riv. dir. nav.*, 2016, p. 501 ss., spec. p. 531. Sui diversi mercati degli APR si veda Comunicazione della Commissione, *Una nuova era per il trasporto aereo. Aprire il mercato del trasporto aereo all’uso civile dei sistemi aerei a pilotaggio remoto in modo sicuro e sostenibile*, COM(2014) 207 final, 8 aprile 2014, p. 2. Su tali aspetti, sia consentito rinviare al nostro studio dal titolo *La regolazione multilivello degli aeromobili a pilotaggio remoto e la disciplina «speciale» dell’ENAC nel contesto della pandemia COVID-19*, in *Riv. dir. nav.*, n. 1, 2020, p. 139 ss.

³³ E. G. ROSAFIO, M. M. COMENALE PINTO, *Responsabilità civile per la circolazione degli autoveicoli a conduzione autonoma. Dal grande fratello al grande conducente*, in *Dir. trasp.*, numero speciale, 2019, p. 367 ss., spec. p. 369.

³⁴ E. G. ROSAFIO, M. M. COMENALE PINTO, *Responsabilità civile*, cit., p. 370 e *passim*.

trasporto merci³⁵ e nella logistica (specie quella di ultimo miglio)³⁶, nonché in ambito urbano, e quindi primariamente all'*Urban Air Mobility*.

L'UAM si pone certamente come il perno di una nuova e rivoluzionaria mobilità³⁷, come è dimostrato dal notevole interesse manifestato da tutti gli stakeholders, soprattutto industria e ricerca. Ad oggi, il mercato UAM è ancora nella sua fase iniziale, ma in un breve lasso temporale tale mercato sarà rivoluzionato, in quanto nuovi servizi verranno offerti in aree urbane e metropolitane con un inevitabile impatto, non solo sulle altre modalità di trasporto e sulla logistica (anche di ultimo miglio), ma anche su tutti gli altri mercati³⁸.

L'*Urban Air Mobility* porterà non solo vantaggi, ma anche nuove sfide e responsabilità nel trasporto aereo, attesa l'eterogeneità dei veicoli, la densità delle operazioni e il fatto che tali voli avranno luogo sopra aree urbane, con nuove criticità e ostacoli, come le interferenze elettromagnetiche, che non possono essere sottovalutati.

A tal fine, considerato che dette operazioni dovranno essere svolte in modo sicuro ed efficiente, un nuovo innovativo sistema è in fase di sviluppo, il c.d. U-Space³⁹. Esso consiste in un set di nuovi servizi fondati su un alto livello di digitalizzazione, automazione di funzioni, nonché su specifiche procedure per supportare un accesso allo spazio aereo sicuro ed efficiente per un largo numero di veicoli⁴⁰.

Il prossimo obiettivo è quello di implementare un modello adeguato di *governance*, anche al fine di valutare come migliorare la vita delle comunità urbane, con il precipuo scopo di comprendere come sistemi tecnologici altamente sofisticati come quelli legati all'UAM possano soddisfare i bisogni umani⁴¹, muovendo da quelli costituzionalmente garantiti⁴².

Come è stato osservato, un approccio di tal fatta (in via sperimentale) è stato progressivamente adottato da *policy makers* e amministrazioni nelle ultime due decadi⁴³.

In Giappone, ad esempio, il Governo ha creato numerose zone speciali per test empirici e per lo sviluppo di robotica e sistemi di intelligenza artificiale. Tali forme di *living labs* hanno finora riguardato normative sul traffico stradale, protezione dei dati, *safety governance* e regolazione fiscale⁴⁴. Anche in Europa e negli Stati Uniti analoghe forme

³⁵ B. FRANCHI, *Aeromobili senza pilota (UAV): inquadramento giuridico e profili di responsabilità - I parte*, in *Resp. civ. prev.*, 2010, p. 732 ss., spec. p. 733, nonché R. LOBIANCO, *Mezzi aerei a pilotaggio remoto: brevi osservazioni sul regolamento ENAC*, in *Resp. civ. prev.*, 2017, p. 2065 ss., spec. p. 2067, che menzionano l'esperienza della multinazionale statunitense FedEx.

³⁶ Ad es., Amazon per la consegna delle ordinazioni e Domino's per la consegna delle pizze: B. FRANCHI, *Gli aeromobili a pilotaggio remoto: profili normativi ed assicurativi*, in *Resp. civ. prev.*, 2014, p. 1770 ss., spec. p. 1775.

³⁷ Come ha sottolineato anche P. DI PALMA, Relazione introduttiva, cit.

³⁸ M. TOJAL *et al.*, *Analysis of the definition of Urban Air Mobility – how its attributes impact on the development of the concept*, in *Transp. Research Procedia*, n. 59, 2021, p. 3 ss., spec. p. 4.

³⁹ Regolamento di esecuzione (UE) 2021/664 della Commissione del 22 aprile 2021 relativo a un quadro normativo per lo U-space (GUUE L 139/161, 23 aprile 2021).

⁴⁰ Si veda M. TOJAL *et al.*, *Analysis of the definition of Urban Air Mobility*, cit., p. 4, secondo cui "UAM opens the door to both innovation and transformational uses of existing systems in aviation".

⁴¹ U. PAGALLO, E. BASSI, *The Governance of Unmanned Aircraft Systems (UAS): Aviation Law, Human Rights, and the Free Movement of Data in the EU*, in *Minds and Machines*, n. 30, 2020, p. 439 ss., spec. p. 450.

⁴² Su tali aspetti sia consentito rinviare al nostro *Territorio, formazioni sociali e tutela dei diritti fondamentali: una nuova prospettiva del diritto alla mobilità*, Bari, 2021.

⁴³ U. PAGALLO, *LegalAIze: Tackling the Normative Challenges of Artificial Intelligence and Robotics Through the Secondary Rules of Law*, in M. CORRALES, M. FENWICK, N. FORGÓ (eds.), *New Technology, Big Data and the Law. Perspectives in Law, Business and Innovation*, Singapore, 2017, p. 281-300.

⁴⁴ U. PAGALLO, E. BASSI, *The Governance*, cit., p. 451.

di esperimenti sono state sviluppate, ad esempio con riferimento alle auto a guida autonoma e, più di recente, anche al settore dei droni⁴⁵.

Nell'Unione europea, in particolare, la prima zona speciale per droni in *open labs* è stata creata nel porto di Anversa nel gennaio del 2019, al fine di verificare lo sviluppo di standards di interoperabilità per sistemi di comunicazione⁴⁶. Un'altra importante iniziativa è l'*urban living lab* per *urban air mobility* all'High Tech Campus Eindhoven (HTCE) in Olanda, uno dei primi *living labs* per droni autonomi nell'Unione europea⁴⁷. Altri *open labs* sono stati istituiti in altre città dell'Unione, come Bari (Drone Living Lab)⁴⁸ e Torino, dove un *Open Lab* è dedicato anche, ma non solo, a chiarire il contenuto di norme e standards che gli operatori APR devono rispettare⁴⁹.

Tali modelli di co-regolazione – come espressione di *smart governance*, in quanto tali meccanismi di coordinamento rappresentano l'interfaccia tra opzioni e approcci regolatori *top-down* e *bottom-up* – sono seguiti anche in altre città italiane, sulla base del già richiamato principio di sussidiarietà orizzontale (art. 118, comma 4, Cost.), del Codice del Terzo settore (d.lgs. 3 luglio 2017 n. 117), nonché il recente e anch'esso già richiamato Piano Strategico Nazionale (2021-2030) per lo sviluppo della Mobilità Aerea Avanzata adottato dall'ENAC, il quale espressamente sottolinea l'importanza delle istituzioni, anche locali, e delle comunità coinvolte nella definizione della nuova regolazione nazionale in materia di UAM⁵⁰.

Anche la recente Proposta di PNA elaborata dall'ENAC – coerentemente con le recenti risoluzioni votate nella 41° sessione dell'Assemblea dell'ICAO⁵¹ – prevede espressamente il coinvolgimento delle comunità locali al fine di assicurare la sostenibilità ambientale dello sviluppo del settore dell'aviazione civile, oltre al target di decarbonizzazione totale entro il 2050⁵².

Living labs urbani (anche nell'ambito di networks regionali⁵³ o nel quadro di iniziative bilaterali⁵⁴) nel campo dei droni e della UAM potrebbero essere istituiti e sviluppati in Italia, anche nel più ampio modello della *smart city*⁵⁵, tenendo conto delle altre esperienze

⁴⁵ U. PAGALLO, E. BASSI, *The Governance*, cit., p. 451.

⁴⁶ U. PAGALLO, E. BASSI, *The Governance*, cit., p. 451.

⁴⁷ Cfr. <https://cordis.europa.eu/article/id/436232-a-living-lab-for-urban-air-mobility>.

⁴⁸ Cfr. <https://www.comune.bari.it/-/drone-living-lab-comune-enac-e-distretto-tecnologico-pugliese-firmano-protocollo-per-fare-di-bari-sede-di-sperimentazioni-di-nuove-tecnologie>.

⁴⁹ U. PAGALLO, E. BASSI, *The Governance*, cit., p. 451.

⁵⁰ ENAC, Piano Strategico Nazionale (2021-2030) per lo sviluppo della Mobilità Aerea Avanzata, cit., punti 3.3 e 6.2, p. 36. Tale Piano (punto 3.3, p. 17, Figura 9) effettua anche una mappatura degli stakeholders rappresentativi del panorama italiano (mappatura da intendere, dunque, in senso dinamico, come diremo più diffusamente *infra*) da coinvolgere nella implementazione della Roadmap in materia di Mobilità Aerea Avanzata.

⁵¹ Svoltasi a Montreal dal 27 settembre al 7 ottobre 2022.

⁵² ENAC, Proposta di PNA, cit., p. 87.

⁵³ Si veda, per esempio, l'*European Network of Living Labs*: <https://enoll.org/network/living-labs/>.

⁵⁴ Si veda, ad esempio, la *urban living lab joint initiative* tra India e Danimarca oggetto di una Green Strategic Partnership più ampia discussa al summit del 28 settembre 2020 (<https://urbanlivinglabindia.com/> e https://www.indianembassy copenhagen.gov.in/news_letter_detail/?id=3).

⁵⁵ Coinvolgendo, ad esempio, i laboratori, come Torino City Lab (su cui si veda <https://www.torinocitylab.it/it/>), espressamente menzionato dall'ENAC nel citato Piano Strategico Nazionale (2021-2030) (punto 3.3, p. 17, Figura 9) tra gli stakeholders da coinvolgere. Ma tale elenco/mappatura di cui al Piano non è statica, ma è in continua evoluzione e il numero di soggetti coinvolti è destinato ad aumentare con la maturazione dell'ecosistema (*ibidem*). Ne consegue che altri stakeholders potranno svolgere un ruolo utile se non decisivo in siffatta prospettiva. Tra questi possiamo qui menzionare il Laboratorio Smart City di Roma Capitale (<https://www.labsmartcityroma.it/>).

regionali e internazionali, dei limiti normativi, inclusi quelli relativi all'aviazione civile e alla protezione dei dati⁵⁶, nonché, più recentemente, del citato Piano Strategico Nazionale (2021-2030), che infatti identifica tra le istituzioni locali alcune importanti città italiane⁵⁷. In estrema sintesi, e per concludere, è chiaro che affinché l'Italia possa raggiungere anche in materia di UAM la leadership a livello globale, è fondamentale che si realizzi un coordinamento significativo tra le azioni di governo, il regolatore aeronautico, i territori e lo sviluppo industriale (approccio multistakeholder) che tenga conto degli indirizzi europei per la costituzione di un sistema resiliente ai cambiamenti futuri⁵⁸.

È evidente come, in tale ambiziosa prospettiva, il ruolo che l'ENAC è chiamato a giocare assuma un'importanza cruciale, non solo sul piano istituzionale (essendo l'Ente l'autorità unica di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile in Italia), ma anche sul piano dell'esperienza maturata nel settore dell'aviazione civile, oggi riconosciuta all'Ente nel panorama non solo italiano, ma anche regionale (UE) e internazionale.

⁵⁶ U. PAGALLO, E. BASSI, *The Governance*, cit., p. 452.

⁵⁷ ENAC, Piano Strategico Nazionale (2021-2030) per lo sviluppo della Mobilità Aerea Avanzata, cit., punto 3.3, Figura 9.

⁵⁸ ENAC, Linee guida 2021, cit., p. 6.

Articoli e Saggi

Cooperative sociali, Organizzazioni di volontariato ed affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario d'emergenza e urgenza. I ristorni e lo scopo di lucro *

Walter Spinaplice

*Esperto fiscale
Dottore di ricerca in diritto tributario, Università degli Studi di Foggia
Dirigente P.A.*

Abstract

“Social cooperatives, voluntary organizations and assignment of emergency and urgent medical transport services in agreement. The rebates and the purpose of profit”.

The paper analyzes the concept of “profit” in consideration of the judgements on the Third Sector. In particular, it examines how the asserted difference between voluntary organizations and social cooperatives justifies the derogation from public procurement law by the Third Sector Code. The difference between the two types of entities essentially lies in the fact that the possibility of providing rebates to members prevents the qualification of a social cooperative as a non-profit organization or association pursuant to the article 10, letter h), of Directive 2014/24.

Parole chiave: cooperative; volontariato; sanitario; ristorni; lucro.

Sommario — 1. Mutualità e lucro nelle società cooperative — 2. I profili differenziali tra ristorni e dividendi — 3. Le cooperative sociali ed il Terzo Settore — 4. Le Organizzazioni di Volontariato nel Codice del Terzo Settore — 5. L'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario d'emergenza e urgenza.

1. Mutualità e lucro nelle società cooperative

La mutualità cooperativistica si articola secondo una latitudine che va dalla mutualità c.d. pura, caratterizzata dall'assenza di qualsiasi scopo di lucro, propria delle società cooperative a mutualità prevalente di cui all'art. 2512 cod. civ., alla mutualità c.d. spuria, caratterizzata da una maggiore dinamicità operativa anche nei confronti di terzi non soci, riferibile alle società cooperative “diverse”.

* Sottoposto a referaggio.

¹ Corte Costituzionale, sentenza 12 aprile 2022 n. 93, con nota di L. ABETE, *Società cooperative. Liquidazione coatta amministrativa e fallimento. Brevi spunti*, in *Fallimento*, n. 11, 2022, p. 1353. Un precedente si rinvia nella sentenza Corte Costituzionale, 18 luglio 1989 n. 408, secondo cui vale a giustificare la presenza nel diritto positivo di discipline dirette ad introdurre trattamenti privilegiati a favore di alcune tipologie di società cooperative (in specie di produzione e

La Corte Costituzionale¹ ha affermato che il fine mutualistico è conciliabile con il lucro “oggettivo”, da intendersi come l’economicità della gestione², ovvero il tendenziale “*pareggio di bilancio*” dato dalla proporzionalità tra costi e ricavi, dovendosi al contrario ritenersi incompatibile la mutualità con finalità di lucro “*soggettivo*”.

La tematica è stata approfondita in dottrina e giurisprudenza *in primis* sul versante dell’accesso alle procedure attivabili in presenza di crisi d’impresa.

Dalla ontologica differenza dei modelli societari ne consegue che anche una società cooperativa a mutualità “*spuria*”³, esercente un’attività commerciale e quindi soggetta anche a fallimento a norma dell’art. 2545-*terdecies* cod. civ., mantiene evidenti caratteri di differenziazione rispetto ad un’entità quale la società lucrativa, finalizzata ad un profitto “*soggettivo*”.

E’ inopinabile che anche nella fase patologica della crisi d’impresa, la società cooperativa mantenga profili di specificità rispetto ad una società lucrativa.

Parte della dottrina ha sostenuto, parzialmente discostandosi dall’arresto della Consulta appena citato, che l’asserita mancanza di lucro soggettivo nelle cooperative non sia condivisibile, in quanto è la stessa legge che consente la distribuzione ai soci dei dividendi⁴, per cui sarebbe più corretto considerare nelle cooperative esistente il lucro soggettivo, seppur limitato⁵.

La Suprema Corte di Cassazione ha affermato⁶ che lo scopo di lucro può ben essere presente anche in una società cooperativa, che pure operi solo nei confronti dei propri soci, restando la stessa assoggettata allo statuto dell’impresa, inclusa l’applicazione dell’istituto fallimentare ex art. 2545-*terdecies* c.c.⁷, quale strumento di soluzione e superamento dell’insolvenza che abbia origine in un’iniziativa imprenditoriale⁸.

Lo scopo mutualistico di una società cooperativa⁹ non è, quindi, inconciliabile con quello di lucro, quale obiettivo economicità della gestione, potendo i due fini coesistere ed essere rivolti al conseguimento di uno stesso risultato.

lavoro), tenuto conto “*che, anche se alla protezione costituzionale della cooperazione si attribuisce una finalità che va oltre la generica tutela di categorie produttive deboli, in quanto si estende al riconoscimento e alla promozione di una forma di produzione alternativa a quella capitalistica, la giustificazione della protezione stessa è comunemente rinvenuta nella più stretta inerenza che la “funzione sociale” presenta nell’organizzazione cooperativistica rispetto a quella che la detta funzione riveste nelle altre forme di organizzazione produttiva. Funzione sociale che qui viene individuata nella congiunta realizzazione del decentramento democratico del potere di organizzazione e gestione della produzione e della maggiore diffusione e più equa distribuzione del risultato utile della produzione stessa*”.

² Cfr. G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, I, *Diritto dell’impresa*, Torino, 2003, p. 35 ss. Nel senso di escludere che la nozione di imprenditore presupponga il fine di lucro “*soggettivo*”, ovvero l’intento di conseguire un guadagno o profitto personale; quanto al lucro “*oggettivo*”, in giurisprudenza correlato all’attitudine a conseguire la remunerazione dei fattori produttivi, l’A. propende per il c.d. “*metodo economico*”, secondo cui è sufficiente che l’attività sia svolta con modalità oggettivamente tendenti al pareggio tra costi e ricavi, senza che rilevi la necessità di modalità di gestione volte alla realizzazione di ricavi eccedenti i costi, c.d. “*metodo lucrativo*”. Altra posizione dottrina evidenzia, invece, quale elemento qualificante dell’imprenditore privato lo scopo di trarre un profitto dall’attività economica, in disparte la destinazione concreta dell’utile e le motivazioni soggettive sottese: cfr. G. COTTINO, *L’imprenditore, Diritto Commerciale*, I, n. 1, Padova, 2000, p. 75 ss.

³ Società cui pure vengono riservati benefici dal legislatore, anche di natura fiscale.

⁴ A norma dell’art. 2514, comma 1, lett. a), c.c. la cooperativa a mutualità prevalente deve prevedere nel proprio statuto il divieto di distribuire i dividendi in misura superiore all’interesse massimo dei buoni postali fruttiferi, aumentato di due punti e mezzo rispetto al capitale effettivamente versato.

⁵ Cfr. G. BONFANTE, *L’identità cooperativa secondo la Corte costituzionale*, in *Le Società*, 2022, p. 685.

⁶ Vedi Corte di Cassazione, sentenza 24 marzo 2014 n. 6835, con nota di M. CAVANNA, *Note sul fallimento dell’impresa cooperativa, con qualche spunto in tema di attività agricola per connessione*, in *Fallimento*, 2014, p. 1173.

⁷ Vedi A. BONSIGNORI, *Liquidazione coatta amministrativa, I) Profili sostanziale e processuali*, in *Enc. giur.*, XIX, Roma, 1990.

⁸ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 20 ottobre 2021 n. 29245, con note di A. FICI, *L’insolvenza delle cooperative sociali tra disciplina del tipo e disciplina dello status*, in *Fallimento*, 2022, p. 387, e di E. CUSA, *La fallibilità delle cooperative tra mutualità, lucratività, commercialità e qualifiche speciali*, in *Società*, 2022, p. 148.

La cornice normativa codicistica⁹ depone univocamente nel senso che lo “*scopo mutualistico*”, privo di definizione nel codice, la cui prevalenza caratterizza il modello societario¹⁰, è diverso dalla finalità di produrre utili da distribuire ai soci nella quale l’art. 2247 c.c. individua lo scopo del contratto di società delle società lucrative; la costituzione di una cooperativa è funzionale a fornire beni o servizi od occasioni di lavoro direttamente ai membri dell’organizzazione a condizioni più vantaggiose di quelle che otterrebbero sul mercato¹².

In specie nelle ipotesi contemplate ai nn. 2 e 3 del comma 1 dell’articolo 2512 c.c. il predetto vantaggio patrimoniale si affianca allo scopo di lucro, inteso nella sua accezione soggettiva¹³, pur nella mutualità “*pura*”, laddove siano unicamente i soci ad offrire il loro apporto alla cooperativa in termini di lavoro subordinato, beni e servizi.

Nel caso disciplinato dal n. 1 del medesimo comma e articolo, nell’evenienza in cui siano esclusivamente i soci a fungere da consumatori o utenti dei beni o servizi intermediati o prodotti dalla cooperativa, difetta qualsiasi scopo di lucro soggettivo ed il vantaggio patrimoniale è da identificare soltanto nel risparmio di spesa dovuto all’eliminazione del profitto dell’intermediario speculante.

Una tesi dottrinaia, con riferimento all’ipotesi di cui al n. 1 del comma 1 dell’articolo 2512 c.c. disconosce alla cooperativa la qualifica di “*imprenditore*”, nell’evenienza in cui siano unicamente ed esclusivamente i soci a porsi come consumatori o utenti dei beni o servizi intermediati o prodotti dalla cooperativa stessa, in quanto l’attività non è rivolta al mercato¹⁴.

È pressoché consolidata la individuazione di due distinti rapporti giuridici tra cooperativa e propri soci, l’uno di carattere associativo, che direttamente discende dall’adesione al contratto sociale e dalla conseguente acquisizione della qualità di socio, l’altro che deriva dal contratto bilaterale di scambio per effetto del quale egli si appropria del bene o del servizio offertogli dall’organismo collettivo¹⁵.

⁹ Tratto distintivo del tipo societario, cui si aggiunge la previsione del capitale variabile.

¹⁰ Ai sensi del combinato disposto degli artt. 2511 e 2515 c.c. la società cooperativa è la veste propria delle società che hanno scopo mutualistico. La mutualità si sostanzia, in primo luogo, nello svolgimento, in via esclusiva o perlomeno prevalente, dell’attività della cooperativa in favore dei soci, in quanto consumatori o utenti dei beni o servizi dalla medesima società intermediati o prodotti. La mutualità si articola, altresì, nell’avvalersi della cooperativa nello svolgimento della sua attività, in via prevalente o esclusiva, delle prestazioni lavorative dei propri soci ovvero dell’apporto dei beni o dei servizi dei soci.

¹¹ Ai sensi dell’art. 2521, comma 2, c.c. “*l’atto costitutivo... può prevedere che la società svolga la propria attività anche con terzi*”. Le società cooperative sono quindi caratterizzate da uno scopo prevalentemente, ma non esclusivamente mutualistico. L’atto costitutivo può prevedere che le stesse svolgano anche attività con terzi, fornendo ai medesimi le stesse prestazioni che formano oggetto della gestione a favore dei soci. L’attività con i terzi è di regola finalizzata alla produzione di utili, quindi può connotarsi come lucrativa, in senso oggettivo del termine. Si veda G.F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale, II, Diritto delle società*, M. Campobasso (a cura di), Torino, 2006, p. 583.

¹² Il vantaggio patrimoniale per i soci può consistere, a seconda dei casi, in un risparmio di spesa, una maggiore redditività delle loro prestazioni di lavoro subordinato ovvero una maggiore remuneratività dei beni da essi realizzati e conferiti alla società o dei servizi d’opera autonoma da essi resi e conferiti alla società; in ciò risulta eliso il profitto dell’intermediario. L’organismo collettivo cooperativistico si connota per quel particolare modo di organizzazione e di svolgimento dell’attività che sostanzia la cosiddetta “*gestione di servizio*” a favore dei soci.

¹³ Cfr. E. CUSA, *I tipi di società e le società consortili*, in *Riv. dir. civ.*, n. 2, 2022, p. 307, secondo il quale “*la società può inoltre perseguire contemporaneamente più scopi sociali, a condizione che i relativi soci mirino a rispettare almeno lo scopo caratterizzante il tipo di società da loro prescelto; così, a mo’ d’esempio, una cooperativa può prefiggersi lo scopo lucrativo soltanto se la stessa persegua almeno l’inderogabile scopo mutualistico*”.

¹⁴ Cfr. da L. ABETE, *Società cooperative. Liquidazione coatta amministrativa e fallimento. Brevi spunti, in Fallimento*, cit.: si tratta di un caso di società “*senza impresa*” e sul punto viene evidenziato l’abrogato disposto dell’art. 2511 c.c. che riferiva all’impresa lo scopo mutualistico, a confronto dell’attuale formulazione che riferisce lo scopo mutualistico alla società cooperativa. Cfr. altresì F. GALGANO, *Diritto Commerciale, L’imprenditore*, Bologna, 2003, p. 26 ss., secondo cui “*si ritiene, comunemente, che è imprenditore solo chi produce beni o servizi per il mercato*”.

¹⁵ Cfr. Corte di Cassazione, sentenza 16 aprile 2003 n. 6016, in *Giur. comm.*, II, 2004, p. 384 ss., con nota di V. BUONOCORE, *Rapporto sociale e rapporto mutualistico: una distinzione ineludibile*.

2. I profili differenziali tra ristorni e dividendi

L'art. 2545-sexies c.c., dedicato ai ristorni¹⁶ a favore dei soci cooperatori, attiene all'essenza dello scopo mutualistico¹⁷.

Dall'avanzo di gestione si traggono ristorni e utili in senso proprio, o meglio "dividendi"¹⁸. L'art. 2521, comma 3, n. 8, c.c. indica quale contenuto obbligatorio dell'atto costitutivo "le regole per la ripartizione degli utili" accanto ai "criteri per la ripartizione dei ristorni", i quali ultimi devono essere ripartiti proporzionalmente alla "quantità e qualità degli scambi mutualistici" e non già in relazione al capitale conferito.

Visto il variegato configurarsi del fenomeno cooperativo e le differenti modalità di attuazione dello scopo mutualistico, ai fini della declinazione delle modalità di erogazione dei ristorni la legge delega, in specie l'art. 5, comma 2, lett. a), L. n. 366/2001, ha riservato al riguardo i più ampi spazi possibili all'autonomia statutaria.

Il ristorno viene attribuito soltanto ai soci che abbiano partecipato agli scambi mutualistici con la cooperativa, in correlazione con l'utilizzo dei servizi della stessa, senza che rilevi la differenza tra cooperative a mutualità prevalente e diverse, ferma restando la diversa connotazione di operatività il ristorno può assumere in ragione del sottotipo societario.

La tesi da tempo prevalente in dottrina e giurisprudenza disconosce in capo al socio l'esistenza di un diritto soggettivo al vantaggio mutualistico dato dalla percezione del ristorno, ancorché costui abbia partecipato allo scambio con la cooperativa¹⁹.

I ristorni, infatti, si generano soltanto in presenza di un avanzo di gestione e vengono distribuiti soltanto se in tal senso depone la volontà (e insindacabile discrezionalità) dell'assemblea²⁰, fatte salve clausole statutarie che dispongano espressamente per un diritto alla loro percezione.

Si rileva dirimente la distinzione tra dividendi e ristorni al fine di assoggettarne o meno la distribuzione alle limitazioni quantitative legali, previste solo per i dividendi a norma degli artt. 2514, lett. a) e 2545-quinquies, comma 1, c.c.²¹.

Il disposto normativo richiede che nel bilancio venga separatamente indicata l'attività realizzata con i soci, senza specificare se la predetta separazione debba riguardare l'unico avanzo distribuibile a titolo di ristorno, piuttosto che fungere da garanzia di una ripartizione ossequiosa del parametro della proporzionalità²².

¹⁶ Tecnica con la quale i soci della cooperativa conseguono, di norma annualmente a seguito dell'approvazione del bilancio, il vantaggio mutualistico che porta alla neutralizzazione del profitto dell'intermediario. Tale funzione economica dei ristorni li fa assurgere a componente dello scopo mutualistico, ovvero l'aspirazione dei soci ad ottenere beni, servizi od occasioni lavorative a condizioni più vantaggiose di quelle ottenibili sul mercato. Cfr. M.G. PAOLUCCI, *Ristorni, sub art. 2545-sexies c.c.*, in *Le società cooperative dopo la riforma*, Appendice, Padova, 2004, p. 99 ss.; G. FALCONE, *Ristorni, sub art. 2545-sexies c.c.*, in *La riforma delle società, Società cooperative*, M. SANDULLI, V. SANTORO (a cura di), Torino, 2003, 178 ss.; G. BONFANTE, *La nuova società cooperativa*, Bologna, 2010, p. 35 ss.; P.L. MORARA, *Qualità dello scambio mutualistico ed uso del ristorno*, in *Giur. comm.*, 2012, p. 948 ss. In merito alla differenza tra assenza di scopo di lucro e scopi solidaristici, si rinvia a G. PONZANELLI, *Gli enti collettivi senza scopo di lucro*, Torino, 1996.

¹⁷ Cfr. R. SANTAGATA, M. GUARINI, *Commentario del codice civile. Delle società, dell'azienda e della concorrenza*, D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *sub art. 2545-sexies*. Milanofiori Assago, 2014, p. 469.

¹⁸ Secondo una tesi dottrinale la regolamentazione dei ristorni deve essere contenuta nei regolamenti di cui all'art. 2521, comma 5, c.c.; cfr. E. ROCCHI, *sub artt. 2521-2523*, in AA.VV., *Società cooperative*, PRESTI (a cura di), in *Commentario*, P. MARCHETTI, L. BIANCHI, F. GHEZZI, M. NOTARI (a cura di), Milano, 2006, p. 151. Per altra posizione è l'atto costitutivo ovvero lo statuto la sede naturale delle clausole volte a dettare le regole per la ripartizione dei ristorni, cfr. G. MARASÀ, *Riflessi dei caratteri funzionali delle nuove cooperative sulla redazione dello statuto*, in *La riforma di società, cooperative, associazioni e fondazioni*, Padova, 2005, p. 174. Vedasi altresì Cfr. G. CAPO, *Commentario del codice civile. Delle società, dell'azienda e della concorrenza*, D.U. SANTOSUOSSO (a cura di), *sub art. 2521*, cit., p. 161.

¹⁹ Cfr. BASSI, *Principi generali della riforma delle società cooperative*, Milano, 2004, p. 48; M. CIAN, *I ristorni cooperativi*, in *Studium iuris*, 2012, p. 437 ss.

²⁰ Cfr. art. 2545, comma 3, c.c., che utilizza la congiunzione "anche" con riguardo alla possibilità che l'assemblea decida per la capitalizzazione dei ristorni anziché per la loro distribuzione.

²¹ In merito ai profili tributari, vedasi L. SALVINI, *I ristorni nelle società cooperative: note sulla natura civilistica e sul regime fiscale*, in *Rass. Trib.*, 2002, p. 1917, in favore della tesi che limita la distribuzione del solo avanzo della gestione mutualistica.

²² Cfr. R. SANTAGATA, M. GUARINI, *Commentario del codice civile. Delle società, dell'azienda e della concorrenza*, cit.

Parte della dottrina propende per discriminare ristorni da dividendi in relazione alla diversa fonte da cui provengono, rispettivamente attività mutualistica e attività con i terzi²³, altra parte discerne sulla base delle diverse modalità di distribuzione, rispettivamente commisurato agli scambi tra socio e cooperativa piuttosto che in proporzione al capitale sociale²⁴.

Può affermarsi che il ristorno caratterizza il tipo sociale cooperativo dalla società lucrativa, nella quale le utilità che derivano dalla gestione vengono ripartite mediante la distribuzione dei dividendi che valorizzano il conferimento del capitale anziché la partecipazione allo scambio mutualistico.

Altra questione dibattuta è la possibilità di distribuire a titolo di ristorno anche l'avanzo di gestione derivante dai rapporti con i terzi.

In assenza di una disposizione statutaria che disponga in tal senso, non c'è quota di ristorni che va accantonata a riserva legale: il ristorno è un vantaggio per il socio esclusivamente correlato alla quantità di scambi mutualistici con la società.

Ne consegue che l'accantonamento a riserva legale di quota parte del ristorno, senza una clausola statutaria che lo preveda, costituirebbe una distrazione inammissibile di una parte del vantaggio mutualistico a beneficio della remunerazione del capitale sociale²⁵.

Importanti ripercussioni della distinzione tra dividendi e ristorni operano sulle tecniche di redazione dei bilanci e sul trattamento fiscale, sotto il profilo del regime applicabile alla società erogatrice e quello relativo al socio percettore.

Sul punto è intervenuta in più occasioni l'Amministrazione finanziaria, propendendo per una limitazione della distribuibilità a titolo di ristorno al solo avanzo rinveniente dalla gestione mutualistica²⁶.

3. Le cooperative sociali ed il Terzo Settore

Va dato atto del formante giurisprudenziale che riconosce un carattere residuale all'impresa commerciale rispetto a quella agricola che, anche in ragione della necessaria tutela del mercato contro le insolvenze, disconosce altri modelli di imprese.

Non in linea con questa impostazione si pone quella opzione ermeneutica, di matrice giurisprudenziale, che esclude che una cooperativa sociale²⁷, in quanto *ex se* impresa sociale ai sensi dell'art. 1, comma 4, del D.Lgs. n. 112/2017, ancorché insolvente, possa essere dichiarata fallita, dovendo piuttosto essere sottoposta, come tutte le imprese sociali, a liquidazione coatta amministrativa.

²³ Cfr. R. GENCO, art. 2545-*sexies*, in *Codice civile commentato*, G.ALPA, V. MARICONDA (a cura di), Milano 2009, p. 2802.

²⁴ Cfr. N. DE LUCA, *Formazione e ripartizione dei ristorni*, in *Il nuovo diritto delle società, Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, P. ABBADESSA, G.B. PORTALE (diretto da), IV, Torino, 2007, p. 1073.

²⁵ Il regolamento della società cooperativa europea distingue tra avanzo di bilancio ed utile netto quale base di computo della destinazione a riserva legale, da computarsi al netto della corresponsione dei ristorni. Sul punto cfr. R. SANTAGATA, M. GUARINI, *Commentario del codice civile. Delle società, dell'azienda e della concorrenza cit.*, p. 480, nonché dottrina ivi citata in nota 38.

²⁶ Si vedano, *ex plurimis*, le Circolari dell'Agenzia delle entrate 18 giugno 2002, n. 53/E, 9 luglio 2003, n. 37/E e 9 aprile 2008, n. 35/E.

²⁷ Sulle cooperative sociali cfr. M. IENGO, *Le cooperative di lavoro e di consumo*, in G. BONFANTE, *La società cooperativa*, in Tratt. Cottino, Milano, 2014, p. 572 ss.; G. MARASÀ, *Appunti sui requisiti di qualificazione degli enti del terzo settore: attività, finalità, forme organizzative e pubblicità*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2018, p. 687; A. FICI, *La nuova impresa sociale*, in A. FICI (a cura di), *La riforma del terzo settore e dell'impresa sociale*, Napoli, 2018, p. 343 ss.; E. CUSA, *Cooperative sociali come doverose imprese sociali*, in *Nuove leggi civ.*, 2019, p. 948 ss.; Id., *Frammenti di disciplina delle cooperative con la qualifica di impresa sociale*, in *Nuove leggi civ.*, 2021, p. 267 ss.; A. FICI, *Le cooperative sociali tra RUNTS e legislazione cooperativa*, in *Terzo Settore, non profit e cooperative*, 2021, p. 404.

Quest'ultima posizione riconosce un *tertium genus*, diverso dall'impresa commerciale e da quella agricola, costituito da un modello imprenditoriale caratterizzato dall'esercizio di un'attività operante nel sociale²⁸.

Come è noto le cooperative sociali trovano il primo addentellato normativo nella Legge n. 381 del 1991 che ne statuisce lo scopo nel perseguimento dell'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi oppure lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.

Si tratta di cooperative che rientrano nel campo di applicazione dell'art. 2514 c.c., considerate di diritto a mutualità prevalente, quandanche della loro gestione di servizio possa trarre utilità per lo più i terzi²⁹.

Questa tipologia di cooperative, in ragione delle finalità sociali perseguite, può avvalersi di soci volontari che prestano la loro attività gratuitamente, in numero però non eccedente la metà dei soci, con l'ulteriore vincolo della presenza di c.d. persone svantaggiate per almeno il trenta per cento dei lavoratori della cooperativa.

Alle cooperative sociali, si applicano, in quanto compatibili con la L. n. 381/1991, le norme generali sulle cooperative e quelle del settore in cui operano.

Va rimarcato, sotto l'aspetto tributario, che ai sensi dell'art. 10 del D.Lgs. n. 460/1997 per il riordino della disciplina tributaria degli enti non commerciali e delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale anche le cooperative sociali assumevano la qualifica di ONLUS.

L'avvento del D.Lgs. n. 155 del 2006 introduce nell'ordinamento l'impresa sociale esercitante “*un'attività economica organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi di utilità sociale, diretta a realizzare finalità di interesse generale*”.

Il quadro normativo viene radicalmente mutato con l'approvazione del Codice del Terzo Settore (di seguito CTS), di cui al D.Lgs. n. 117/2017 e della nuova disciplina dell'impresa sociale recata dal D.Lgs. n. 112/2017 in cui viene statuito che con questa figura si è in presenza di un'impresa che svolge un'attività “*di interesse generale, senza scopo di lucro e per finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale ...*”.

La neo disciplina delle imprese sociali deve coordinarsi con il coevo Codice del Terzo Settore, il cui ambito e portata coinvolge enti svolgenti “*attività di interesse generale per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale*” e che espressamente include tra gli Enti del Terzo Settore anche le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, ferme restando le specificità delle discipline di cui al D.Lgs. n. 112/2017 e alla L. n. 381/1991.

4. Le Organizzazioni di Volontariato nel Codice del Terzo Settore

La Organizzazioni di Volontariato (di seguito ODV)³⁰, come le Associazioni di Promozione Sociale, hanno ad oggetto lo svolgimento in via esclusiva o principale di una o più delle attività di interesse

²⁸ Cfr. Tribunale Siracusa, sez. fall., sentenza 5 maggio 2021, con nota di G. BONFANTE, *Cooperative sociali, imprese sociali e lca: un tertium genus di imprese?*, in *Società*, n. 7, 2021, p. 799. La questione affrontata in giurisprudenza attiene all'insolvenza di una cooperativa sociale: la *vexata quaestio* consiste nel determinare se trovi applicazione la procedura di liquidazione coatta amministrativa prevista per le imprese sociali oppure, in senso contrario, continui a prevalere la disciplina delle cooperative che lascia esperibile anche il fallimento secondo il criterio della prevenzione di cui all'art. 196 della L.fall. *Quid iuris*, tra applicabilità dell'art. 2545-terdecies c.c. ed art. 14 D.lgs. 112/2017 sull'impresa sociale. In passato, atteso che la L. n. 381/1991 non disciplina l'insolvenza della cooperativa sociale, non si opinava circa l'applicazione del disposto generale delle cooperative di cui all'attuale art. 2545-terdecies c.c.

²⁹ A tal riguardo si parla di esse come un caso di mutualità esterna di cui all'art. 2520, comma 2, c.c.

³⁰ Cfr. R. DI GIULIO, *sub artt. 32-34*, in *Codice del Terzo Settore*, C. CONTESSA, D. SIMEOLI, I. VOLPE (a cura di), Piacenza, 2019.

generale, come definite dall'art. 5 del CTS, che non vanno più svolte a favore di specifici beneficiari qualificati come soggetti svantaggiati³¹.

Le ODV possono espletare, in via secondaria, anche attività commerciali, fruendo comunque dei benefici contabili e fiscali di cui agli articoli 84 e 86 del CTS³².

Le attività delle ODV devono essere svolte prevalentemente in favore di terzi, senza escludere che delle stesse possano beneficiare gli associati e l'Organizzazione stessa³³.

Giova evidenziare che le ODV possono ammettere, su espressa disposizione dei relativi atti costitutivi, l'ammissione come associati anche di altri Enti del Terzo Settore o comunque enti senza scopo di lucro.

Regola fondante il modello di Ente è la previsione normativa riguardante l'approvvigionamento delle risorse economiche necessarie al loro funzionamento e allo svolgimento della propria attività.

A tal riguardo, in aggiunta alle liberalità, entrate da quote associative, contributi pubblici e privati, donazioni e lasciti testamentari, rendite patrimoniali ed attività di raccolta fondi, le ODV possono trarre risorse dallo svolgimento delle "attività diverse" di cui all'art. 6 CTS³⁴, a condizione che le stesse siano previste dallo statuto o dall'atto costitutivo, siano connotate dal carattere della secondarietà o strumentalità rispetto alle attività di interesse generale e siano conformi ai criteri e limiti definiti con Decreto ministeriale³⁵.

5. L'affidamento in convenzione dei servizi di trasporto sanitario d'emergenza e urgenza

Così ricostruito sinteticamente il quadro normativo nazionale che regola gli schemi collettivi delle cooperative sociali e delle ODV, va dato atto della recente pronuncia della Corte di Giustizia UE sull'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato italiano³⁶ in merito alla compatibilità dell'art. 57 del CTS con il diritto dell'Unione europea³⁷, in particolare alla

³¹ In questo si registra una fondamentale differenza rispetto alla disciplina previgente portata dall'art. 10, comma 2, del D.lgs. 4 dicembre 1997 n. 460.

³² Cfr. W. SPINAPOLICE, A. APRILE XIMENES, *sub art. 86*, in *Codice del Terzo Settore*, cit.

³³ Le attività svolte nei confronti dei propri associati e dei familiari e conviventi degli stessi in conformità alle finalità istituzionali dell'Ente sono da considerarsi non commerciali ex art. 79, comma 6, come per tutti gli Enti del Terzo Settore; sono invece commerciali le medesime attività, espletate nei confronti degli stessi destinatari, verso un corrispettivo specifico o una quota contributiva supplementare.

³⁴ Cfr. D. SIMEOLI, *sub art. 6*, in *Codice del Terzo Settore*, cit.

³⁵ Decreto di natura regolamentare del Ministro del lavoro e delle politiche sociali, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze 19 maggio 2021, n. 107, che ha definito in particolare: all'art. 2, la natura strumentale delle attività diverse, che ricorre "se, indipendentemente dal loro oggetto, sono esercitate dall'ente del Terzo settore, per la realizzazione, in via esclusiva, delle finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale perseguite dall'ente medesimo"; all'art. 3, la natura secondaria delle medesime attività diverse, che si verifica "qualora, in ciascun esercizio, ricorra una delle seguenti condizioni: a) i relativi ricavi non siano superiori al 30% delle entrate complessive dell'ente del Terzo settore; b) i relativi ricavi non siano superiori al 66% dei costi complessivi dell'ente del Terzo settore".

³⁶ Cfr. Consiglio di Stato, sez. III, ordinanza 3 marzo 2021 n. 1797, con nota di S. PELLIZZARI, *L'affidamento dei servizi di ambulanza alle Organizzazioni di Volontariato*, in *Giornale Dir. Amm.*, n. 5, 2021, p. 621.

³⁷ Sull'art. 57 CTS e l'affidamento del servizio di ambulanza si vedano: R. CARANTA, *Affidamento dei servizi di ambulanza al no-profit*, in *Urb. e app.*, 2015, p. 508 ss.; F. SANCHINI, *L'affidamento diretto del servizio di trasporto sanitario al volontariato nella prospettiva della Corte di Giustizia e del Giudice Amministrativo: il problematico contemperamento tra i principi di solidarietà, sussidiarietà e tutela della concorrenza*, in *federalismi.it*, n. 9, 2016, p. 35 ss.; A. ALBANESE, *I servizi sociali nel codice del Terzo settore e nel codice dei contratti pubblici: dal conflitto alla complementarietà*, in *Munus*, n. 1, 2019, p. 139 ss.; M. TIBERI, *Il settore "no profit" nella programmazione e gestione dei servizi pubblici*, in *Munus*, n. 2, 2019, p. 575 ss.; A. SANTUARI, *Il trasporto sanitario di emergenza e urgenza tra principio di concorrenza e affidamento prioritario alle organizzazioni di volontariato nel diritto eurounitario e nell'ordinamento giuridico italiano*, in *Sanità pubblica e privata*, 2019, p. 11 ss.; C. TAMBURINI, *Pubblica amministrazione e Terzo settore: le convenzioni con le ODV e le associazioni di promozione sociale*, in *Impresa sociale*, I, 2020, p. 73 ss.; F. SANCHINI, *La nuova disciplina dei rapporti fra pubblica amministrazione e terzo settore*, in *Il Codice del Terzo settore*, F. DONATI, F. SANCHINI, (a cura di), Milano, 2020, spec. p. 264 ss.; L. GORI, *Le perduranti tensioni fra diritto pubblico e diritto privato nella qualificazione degli Enti del Terzo Settore*, in *Nuova Giur. Civ.*, n.3, 2022, p. 621 ss. (nota a sentenza).

latitudine applicativa di tale disposizione normativa sotto il profilo soggettivo della esclusività, *rectius* corsia preferenziale, accordata alle ODV³⁸.

A ben vedere anche le cooperative sociali perseguono scopi non lucrativi ai sensi della disciplina nazionale e, in particolare, degli artt. 1 e 3, del D.Lgs. n. 112/2017.

La disposizione domestica disciplina una forma particolare di affidamento del servizio di trasporto sanitario³⁹ di emergenza e urgenza⁴⁰ riservato alle sole ODV escludendo, quindi, gli altri enti privi di scopo di lucro, tra cui le cooperative sociali.

Analogo rinvio era stato già proposto dalla stessa sezione del Consiglio di Stato ed ha interessato anche un pronunciamento della Consulta⁴¹.

³⁸ In passato si riteneva che la natura delle ODV, sfornite di vocazione commerciale e di scopo di lucro, non rendesse possibile alle stesse di partecipare alle gare di appalto in concorrenza con gli operatori economici. La posizione fu ribaltata dalla sentenza della Corte di Giustizia UE, sentenza 29 novembre 2007, C-119/06, *Commissione v Italia*, secondo cui le associazioni di volontariato potevano esercitare un'attività economica in concorrenza con altri operatori in quanto l'assenza di fini di lucro non esclude l'esercizio di un'attività economica in forma d'impresa ai sensi delle disposizioni del Trattato.

³⁹ Nella nota sentenza *Firma Ambulanz Glöckner v Landkreis Südwestpfalz* (C-475/99), pronunciata su rinvio pregiudiziale del giudice amministrativo tedesco, la Corte di Giustizia individuava le peculiarità del servizio pubblico di soccorso sanitario d'urgenza rispetto al mero trasporto di malati, costituendo solo il primo un servizio di interesse economico generale.

⁴⁰ Il servizio viene affidato nell'ambito degli strumenti convenzionali, per il vero già usuali dagli anni '90, contenuti negli artt. 56 e 57 CTS. In tema cfr. P. MICHARA, *Le convenzioni tra pubblica amministrazione e terzo settore*, Roma, 2005; D. MARRAMA, *Volontariato ed attività amministrativa*, in *Dir. e Proc. Amm.*, 2017, p. 1031 ss.; F. GIGLIONI, *Principi e ricadute sistemiche di diritto pubblico nella recente riforma del Terzo settore*, in *Munus*, n. 2, 2019, p. 499 ss.

⁴¹ Ci si riferisce rispettivamente a Cons. Stato, sez. III, ordinanza 18 gennaio 2021 n. 536 e Corte costituzionale sentenza 26 novembre 2020 n. 255. La Consulta, in specie, ha affermato che l'art. 57 Codice del terzo settore non esaurisce o assorbe del tutto le facoltà di deroga permesse dalla disciplina europea la quale delinea, invece, un sistema complesso di organizzazione dei servizi sociali e sanitari (in particolare, di emergenza e urgenza) anche al fine di valorizzare il ruolo delle regioni e l'apporto degli enti non lucrativi. Sul piano della normativa nazionale, già prima del CTS, erano contemplate le convenzioni con le organizzazioni di volontariato (art. 7, L. n. 266/1991) e con le associazioni di promozione sociale (art. 30, L. n. 383/2000), nonché l'art. 9, L. n. 381/1991 (tuttora vigente) in materia di cooperazione sociale, in base al quale le regioni devono determinare le modalità di raccordo con le cooperative sociali per l'espletamento dei servizi socio-sanitari attraverso la stipula di convenzioni-tipo. Inoltre, l'art. 1, comma 18, del D.Lgs. n. 502/1992 disciplina gli accordi tra il Servizio Sanitario Nazionale e gli organismi a scopo non lucrativo. La Corte Costituzionale si è altresì pronunciata in merito a questioni di legittimità costituzionale dell'art. 76 CTS in riferimento agli artt. 2, 3, 4, 9, 18, 76 e 118, quarto comma Cost., nella parte in cui riserva alle ODV i contributi per l'acquisto di autoambulanze, di autoveicoli per attività sanitarie e di beni strumentali, escludendo gli altri Enti del Terzo Settore (di seguito "ETS") svolgenti le medesime attività di interesse generale (vedi A. GIOVANNINI, *Homo homini lupus: dovere contributivo e solidarietà*, in *Dir. e Prat. Trib.*, n. 6, 2022, p. 2004 ss.). La Corte afferma che: "poiché l'attività di interesse generale svolta senza fini di lucro da tali enti realizza anche una forma nuova e indiretta di concorso alla spesa pubblica (ciò che deriva dal necessario reinvestimento degli utili in attività orientate a una funzione sociale), il Titolo X (Regime fiscale degli enti del terzo settore) del CTS prevede misure di agevolazione fiscale che, sebbene con rilevanti diversità quanto a intensità, forme e modi, interessano però, in ogni caso, tutti gli ETS, comprese le imprese sociali - anche se per queste ultime le misure più consistenti sono previste nel decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 112... L'esigenza di una disciplina unitaria diviene invece recessiva nella disciplina del Capo IV (Delle risorse finanziarie) del Titolo VIII (Della promozione e del sostegno degli Enti del Terzo Settore), che, anche razionalizzando forme di finanziamento preesistenti, identifica un ambito dove è prevalente l'elemento attinente alla tipologia organizzativa, al punto che la normativa in oggetto non riferisce alle imprese sociali alcuna forma di contributo statale diretto, riservandola esclusivamente ad altri ETS". Benché la pronuncia in disamina non analizzi il Titolo VII rubricato "Rapporti con gli enti pubblici", in cui è inserito l'art. 57 commentato nel presente contributo, le argomentazioni della Consulta appaiono rilevanti laddove trattano il carattere discriminante delle ODV rispetto alle imprese sociali: "la necessaria prevalenza della componente volontaristica nella struttura costitutiva delle ODV si associa al fatto che la disciplina dell'attività di interesse generale di tali enti è permeata da un vincolo particolarmente stringente anche in relazione al modo di svolgimento della stessa, preordinato a esaltare quella caratteristica di gratuità che connota l'attività del volontario... Ciò... preclude alle ODV la possibilità di ottenere dallo svolgimento dell'attività di interesse generale margini positivi da destinare all'incremento dell'attività stessa (salvo che per le attività diverse di cui all'art. 6 cod. terzo settore, che però possono essere solo «secondarie e strumentali rispetto alle attività di interesse generale»), a differenza, in particolare, delle imprese sociali..., che possono percepire forme di corrispettivo dai destinatari delle prestazioni rese.... Se quindi la regola generale è che tutti gli ETS «possono» avvalersi di volontari (art. 17, comma 1, cod. terzo settore), una regola specifica

L'art. 57 CTS disciplina il servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza, consentendo l'affidamento diretto alle sole ODV in luogo della gara pubblica qualora il predetto affidamento sia idoneo ad assicurare la realizzazione dell'interesse generale nel perseguire finalità sociali, a garanzia degli obiettivi di solidarietà⁴².

Tale sistema di affidamento consiste in una deroga consentita dall'ordinamento europeo per i servizi di trasporto di emergenza e urgenza di cui al considerando 28 e all'art. 10, lett. h), della Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 sugli appalti pubblici, che abroga la direttiva 2004/18/CE (GUUE L94/65)⁴³, recepita dall'ordinamento statale dall'art. 17, comma 1, lett. h), del D.Lgs. n. 50 del 2016 (Codice dei contratti pubblici). Le citate disposizioni di matrice unionale escludono, infatti, dal loro ambito di applicazione alcuni *“servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli, se forniti da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro nei limiti in cui ciò sia strettamente necessario per preservare il carattere particolare di tali organizzazioni”*.

La giurisprudenza costante della Corte di Giustizia annovera tra i suddetti servizi anche il trasporto sanitario di emergenza e urgenza⁴⁴.

Secondo gli arresti giurisprudenziali sia l'assistenza di pazienti in situazioni di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico-soccorritore, che il trasporto qualificato con la presenza a bordo di un soccorritore sanitario e di un aiuto soccorritore pronti all'intervento

impone alle ODV di avvalersene «in modo prevalente» (art. 32, comma 1, cod. terzo settore). Nel caso delle imprese sociali, in particolare, la regola è oltretutto ribaltata, in quanto queste possono avvalersi di volontari, ma il numero degli stessi non può superare quello dei lavoratori (art. 13, comma 2, del d.lgs. n. 112 del 2017). La Corte conclude, quindi, che *“Non appare quindi irragionevole, né discriminatorio, che il contributo oggetto della norma censurata sia accessibile solo a ETS caratterizzati dal vincolo normativo alla prevalenza dei volontari e dal connesso principio di gratuità... Rileva quindi... una giustificata connessione tra la specifica condizione che caratterizza tali soggetti e la ratio della misura di sostegno”*. Il giudice delle leggi aggiunge: *“tuttavia, questa Corte non può non segnalare al legislatore che anche altri ETS si trovano o si possono trovare in una condizione ragionevolmente assimilabile a quella delle ODV. In particolare, ciò vale per le associazioni di promozione sociale”*.

⁴² L'art. 57 CTS recita testualmente: *“nelle ipotesi in cui, per la natura specifica del servizio, l'affidamento diretto garantisca l'espletamento del servizio di interesse generale, in un sistema di effettiva contribuzione a una finalità sociale e di perseguimento degli obiettivi di solidarietà, in condizioni di efficienza economica e adeguatezza, nonché nel rispetto dei principi di trasparenza e non discriminazione”*. Cfr. S. PELLIZZARI, *Social services, services providers and non-economic activities in the realm of the EU social market economy*, in *The EU Social Market Economy and the Law. Theoretical Perspectives and Practical Challenges for the EU*, D. FERRI, F. CORTESE (edited by), Abingdon-New York, 2019, p. 181 ss.

⁴³ Di seguito “Direttiva 2014/24/UE”.

⁴⁴ I giudici lussemburghesi hanno affermato che: l'assenza di scopo di lucro da parte di un organismo che esercita un'attività oggettivamente economica, in quanto scambio di beni e servizi sul mercato, in concorrenza con altri operatori non porta ad escludere la natura di impresa a norma del Trattato di Funzionamento dell'UE; un contratto non esula dalla nozione di appalto pubblico per la mera circostanza che la remunerazione in questo prevista sia limitata al rimborso delle spese sostenute per fornire il servizio (cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 19 dicembre 2012, C-159/11, *Azienda Sanitaria Locale di Lecce e Università del Salento v Ordine degli Ingegneri della Provincia di Lecce e a.*). Tuttavia, la Corte ha ritenuto che l'obiettivo di mantenere, per ragioni di sanità pubblica, un servizio medico ed ospedaliero equilibrato ed accessibile a tutti, contribuendo al conseguimento di un livello elevato di salvaguardia della salute e sanità pubblica, può rientrare in una delle deroghe alla libera prestazione di servizi (cfr. Corte di Giustizia UE, sentenza 19 aprile 2007, C-444/05, *Aikaterini Stamatelaki v NPDD Organismos Asfaliseos Eleftheron Epangelmaton (OAE)*) e Corte di Giustizia UE, sentenza 2 dicembre 2004, C-41/02, *Commissione delle Comunità europee v Regno dei Paesi Bassi*). Cfr. R. PAPPALARDO, *sub art. 57, Codice del Terzo Settore*, cit. Di rilievo le decisioni pronunciate su rinvio dei giudici italiani nei casi *Spezzino* (C-113/13, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e a. v San Lorenzo Soc. coop. Sociale e Croce Verde Cogema cooperativa sociale Onlus*) e *Casta* (C-50/14, *Consorzio Artigiano Servizio Taxi e Autonoleggio (CASTA) e a. v Azienda sanitaria locale di Ciriè, Chivasso e Ivrea (ASL TO4) e Regione Piemonte*), prima del recepimento delle Direttiva 2014/23/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio (GUUE L94/1), Direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio (GUUE L94/65) e Direttiva 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio (GUUE L94/243). La Corte di Giustizia stabiliva che alcune deroghe all'applicazione della disciplina sui contratti pubblici potevano essere giustificate da ragioni obiettive di interesse generale tali da ammettere previsioni di favore per il settore *no profit* nella misura in cui la partecipazione di questo *“ad un servizio di interesse generale”* si richiami *“al principio di solidarietà”* e garantisca allo Stato membro di evitare *“ogni spreco di risorse finanziarie, tecniche e umane”*. La Corte ha

rientrano nella “prevenzione contro i pericoli” di cui all’art. 10, lett. h) della Dir. 2014/24/UE, con la conseguenza che, con riguardo a detti servizi, è legittimo l’affidamento diretto a soggetti privi di scopo di lucro⁴⁵.

Con particolare riferimento al servizio di trasposto sanitario di emergenza e urgenza, i giudici del Lussemburgo hanno già precisato che la sfera di discrezionalità garantita agli Stati membri “*li autorizza, nell’ambito dei servizi di difesa civile, di protezione civile e di prevenzione contro i pericoli, a privilegiare l’aggiudicazione, a favore di organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro, di un appalto..., purché siano rispettate le condizioni previste all’art. 10, lett. h), di tale direttiva*”.

La posizione della Corte volge nel senso che quest’ultima disposizione deve essere interpretata nel senso che rientrano nell’esclusione dall’applicazione delle norme di aggiudicazione degli appalti pubblici prevista in detto articolo l’assistenza prestata a pazienti in situazione di emergenza in un veicolo di soccorso da parte di un paramedico/soccorritore sanitario, di cui al codice CPV 75252000-7 (servizi di salvataggio) e il trasporto in ambulanza qualificato, di cui al codice CPV 85143000-3 (servizi di ambulanza), a condizione che esso sia effettivamente assicurato da personale debitamente formato in materia di pronto soccorso e che riguardi un paziente per il quale esiste un rischio di peggioramento dello stato di salute durante tale trasporto.

La possibilità di beneficiare di tale esclusione presuppone, inoltre, che il servizio di ambulanza venga fornito da organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro e che sussista una situazione di emergenza.

Venendo alle ordinanze di rimessione da ultimo avanzate dal Consiglio di Stato, che hanno portato alla pronuncia della Corte di Giustizia indicata in premessa, i giudici di Palazzo Spada hanno sospeso il giudizio di cui avevano cognizione in attesa della decisione della Corte di Giustizia sul rinvio già proposto con l’ordinanza Cons. Stato n. 536/2021, a fronte di una fattispecie analoga, nell’ambito della quale si poneva la questione della compatibilità dell’art. 57 CTS con la normativa eurounitaria “*lì dove non contempla le cooperative sociali e più in generale le imprese sociali tra i possibili affidatari tramite convenzionamento del servizio di trasporto sanitario di emergenza e urgenza*”.

altresì precisato che il ricorso in via prioritaria agli enti non lucrativi, oltre a contribuire alla finalità sociale, è consentita se questi non traggono alcun profitto dalle loro prestazioni oltre al “*rimborso di costi variabili, fissi e durevoli nel tempo necessari per fornire le medesime*”. In linea con questo orientamento, il legislatore nostrano è intervenuto con l’art. 57 del CTS.

⁴⁵ Vedasi Corte di Giustizia UE, sentenza 21 marzo 2019, C-465/17, *Falck Rettungsdienste GmbH e Falck A/S v Stadt Solingen* e Corte di Giustizia UE, ordinanza 6 febbraio 2020, C-11/19, *Azienda ULSS n. 6 Euganea v Pia Opera Croce Verde Padova*. Quest’ultimo caso riguardava un’azienda sanitaria che si era determinata ad organizzare il servizio di trasporto sanitario d’emergenza mediante accordi di partenariato tra enti pubblici, previsti dalla legge regionale, anziché ricorrere alle procedure di esternalizzazione, tra cui rientra il sistema di convenzionamento di cui all’art. 57 CTS. Ad avviso della Corte: “*l’articolo 10, lettera h), e l’articolo 12, paragrafo 4, della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014... devono essere interpretati nel senso che non ostano a una normativa regionale che subordina l’aggiudicazione di un appalto pubblico alla condizione che un partenariato tra enti del settore pubblico non consenta di garantire il servizio di trasporto sanitario ordinario, sempre che la scelta espressa a favore di una particolare modalità di prestazione di servizi, ed effettuata in una fase precedente a quella dell’aggiudicazione dell’appalto pubblico, rispetti i principi di parità di trattamento, non discriminazione, riconoscimento reciproco, proporzionalità e trasparenza*”; le medesime disposizioni normative di matrice unionale “*non ostano ad una normativa regionale che impone all’amministrazione aggiudicatrice di giustificare la sua scelta di aggiudicare il servizio di trasporto sanitario ordinario mediante gara d’appalto anziché di affidarlo direttamente mediante una convenzione conclusa con un’altra amministrazione aggiudicatrice*”. Nella nota sentenza *Irgita* (C-285/18), avente ad oggetto una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta alla Corte, ai sensi dell’articolo 267 TFUE, dalla *Lietuvos Aukšciausiasis Teismas* (Corte Suprema di Lituania), nel procedimento promosso da *Kauno miesto savivaldybe, Kauno miesto savivaldybes administracija*, con l’intervento di *UAB «Irgita»*, *UAB «Kauno švara»*, la Corte di Giustizia ha ribadito il principio per cui va riconosciuta la libertà degli Stati membri di scegliere la modalità di prestazione di servizi mediante la quale le amministrazioni aggiudicatrici intendono provvedere alle proprie esigenze, in quanto alla luce del considerando 5, Dir. 2014/24/UE, “*nessuna disposizione della presente direttiva obbliga gli Stati membri ad affidare a terzi o a esternalizzare la prestazione di servizi che desiderano prestare essi stessi o organizzare con strumenti diversi dagli appalti pubblici ai sensi della presente direttiva*”.

Con la successiva ordinanza in commento il Consiglio di Stato ha posto il quesito circa la rilevanza per la nozione di “*organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro*”, della possibilità per le cooperative sociali di ripartire ai soci ristorni correlati ad attività di interesse generale ex art. 2545-*sexies* c.c.

In riscontro alle ordinanze di rimessione, la Corte di Giustizia UE, ottava sezione, con sentenza 7 luglio 2022 resa nelle cause riunite C-213/21 e C-214/21⁴⁶, offre un’interpretazione dell’articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24 nel senso che esso non osta a una normativa nazionale che prevede che servizi di trasporto sanitario di urgenza ed emergenza possano essere attribuiti mediante convenzione, in via prioritaria, soltanto a organizzazioni di volontariato e non a cooperative sociali, in quanto queste ultime possono distribuire ai soci ristorni correlati alle loro attività.

In primo luogo, affermano i giudici europei che la nozione di organizzazioni o di associazioni “*senza scopo di lucro*” è definita in opposizione ad un raggruppamento a scopo di lucro, volto a realizzare un profitto.

Tale nozione viene così a ricomprendere anche organizzazioni basate sull’azionariato dei lavoratori o sulla loro partecipazione attiva al governo societario, quali le cooperative sociali, a condizione che esse non perseguano scopi di lucro.

La Corte chiarisce che l’eccezione prevista all’art. 10, lett. h), della direttiva 2014/24, in quanto di natura derogatoria rispetto all’ambito di applicazione della direttiva, va interpretata restrittivamente⁴⁷.

Il passaggio nodale delle argomentazioni svolte attiene alla nozione di organizzazioni o di associazioni “*senza scopo di lucro*”, che a tali fini deve essere strettamente circoscritta alle organizzazioni e alle associazioni che non perseguono alcun fine di lucro e che non possono procurare alcun utile, neppure indiretto, ai loro membri.

La Corte, ribadendo quanto affermato in un suo precedente⁴⁸, afferma quindi che rientrano in tale nozione le organizzazioni o le associazioni che hanno l’obiettivo di svolgere funzioni sociali, che non hanno finalità commerciali e che reinvestono eventuali utili al fine di raggiungere l’obiettivo della stessa organizzazione o associazione.

Ne consegue che le organizzazioni o le associazioni che hanno la possibilità di distribuire utili ai loro membri non rientrano nell’ambito di applicazione dell’articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24⁴⁹.

La Corte, quindi, partendo dall’assunto che lo statuto della cooperativa in giudizio prevede che l’assemblea possa decidere l’erogazione di ristorni a ciascuno dei soci, considerato che i ristorni costituiscono uno strumento per attribuire un vantaggio ai soci di una cooperativa

⁴⁶ *Italy Emergenza Cooperativa Sociale v Azienda Sanitaria Locale Barletta-Andria-Trani e Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza*.

⁴⁷ Viene all’uopo richiamata Corte di Giustizia UE, sentenza del 20 marzo 2018, C-187/16, *Commissione v Austria (Tipografia di Stato)*, punto 77.

⁴⁸ Cfr. sentenza C-465/17 cit., punto 59.

⁴⁹ Tale interpretazione è peraltro confortata dall’articolo 77 della direttiva 2014/24, in combinato disposto col considerando 118 della stessa, che consente agli Stati membri di prevedere che le amministrazioni aggiudicatrici possano riservare il diritto di partecipare a procedure speciali per l’aggiudicazione di appalti pubblici relativi esclusivamente a determinati servizi alle organizzazioni che soddisfano le condizioni elencate in detto articolo 77, paragrafo 2, in specie: l’eventuale distribuzione o redistribuzione degli utili dovrebbe essere basata su considerazioni partecipative; le strutture di gestione o di proprietà dell’organizzazione che esegue l’appalto si articolano su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati.

conclude nel senso che l'esistenza di siffatta possibilità di distribuzione di "utili"⁵⁰ dovrebbe ostare alla qualificazione di una cooperativa sociale, come organizzazione o associazione "senza scopo di lucro" ai sensi dell'articolo 10, lettera h), della direttiva 2014/24.

Dalle conclusioni e statuizioni della Corte di Giustizia UE emerge la definizione a geometrie variabili di "lucro".

A parere di chi scrive la decisione dei giudici di Lussemburgo non ha condiviso la specificità del modello cooperativo, cui si attaglia forse meglio una nozione di lucro che faccia assumere rilievo, come utile da reinvestire, soltanto alla provvista risultante dopo la ripartizione dei ristorni, in linea con quanto previsto dall'art. 3, comma 1, del D.Lgs. n. 112/2017.

In definitiva, può affermarsi che l'art. 57 CTS assurga ad una delle possibili forme di organizzazione del servizio a disposizione della P.A., che vi ricorre in via prioritaria, fermo restando il ricorso ad accordi o convenzioni con tutte le "organizzazioni e associazioni senza scopo di lucro" previste dall'ordinamento interno⁵¹.

⁵⁰ A ben vedere, l'art. 3, comma 2-bis, del D.lgs. 112/2017 stabilisce che "...non si considera distribuzione, neanche indiretta, di utili ed avanzi di gestione la ripartizione ai soci di ristorni correlati ad attività di interesse generale di cui all'articolo 2, effettuata ai sensi dell'art. 2545-sexies del codice civile e nel rispetto di condizioni e limiti stabiliti dalla legge o dallo statuto, da imprese sociali costituite in forma di società cooperativa, a condizione che lo statuto o l'atto costitutivo indichi i criteri di ripartizione dei ristorni ai soci proporzionalmente alla quantità e alla qualità degli scambi mutualistici e che si registri un avanzo della gestione mutualistica".

⁵¹ Cfr. art. 55 CTS sulla co-programmazione e co-progettazione con tutti gli ETS e, limitatamente alle ODV e Associazioni di Promozione Sociale, le convenzioni ai sensi dell'art. 56 CTS.

Articoli e Saggi

Muoversi liberamente nell'era digitale e nel metaverso *

Valentino Vincenzo Giulio Vescio di Martirano

*Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche
nell'Università degli Studi di Roma "G. Marconi"*

Abstract

Abstract

Moving freely in the digital age and in the metaverse.

Full self-determination permeates both laws and lives, particularly in the digital context. Strictly connected with this topic is the consent as well foundation of the relationships in different fields. In particular, the freedom of circulation related to the single person or group of people is compromised in the physical and metaphysic reality due to the progress of technologies. The practical conditions of exercising of these rights are strictly connected to the understanding of consent in the digital world.

This contribution analyses the pathologies of the consent and the way how the digital context actually reduces or substitute the self-determination.

On the other hand, these pathologies reveal how can be easy nudged and manipulated by powerful companies – e.g. by means of algorithms - against the actual interests of a group of people or democracy itself, and that this process is easier due to the fact the important issue of protecting the faculty of the “self-determination” is not really focused on that problem, especially in the digital transportation sector as well as in the circulation sector in general.

Parole chiave: autodeterminazione; diritto a muoversi liberamente; patologie del consenso, digital regulation; mobilità digitale; digital circulation; smart road; smart-city; algoritmi predittivi; big data; privacy paradox; metaverse.

Sommario — 1. La libertà di circolazione. Premessa. — 2. Muoversi liberamente — 3. La compromissione del diritto a muoversi liberamente.

1. La libertà di circolazione. Premessa

Sino alla promulgazione della Costituzione, la libertà di circolazione era vista semplicemente come un modo specifico d'esplicazione della libertà individuale (cfr. l'art. 26 dello Statuto albertino)¹.

* Sottoposto a referaggio.

¹ A. VIGNUDELLI, *Diritto Costituzionale*, Torino, 2010, p. 499.

Con l'avvento della Carta Costituzionale, la portata normativa offerta dall'art. 16² disciplina una visione differente³ in confronto alla libertà personale prevista all'art. 13 perché declina la libertà di circolazione in modo più ampio; essa, infatti, si manifesta con un diverso trattamento⁴ anche negli istituti posti a suo presidio, quali quelli dettati a garanzia del diritto di cui all'art. 13 della Costituzione.

Ciò si traduce nella considerazione che la compromissione della libertà di circolazione possa avvenire solo tramite atti legislativi o ad essi equiparati⁵.

Invero, la riserva di legge appena accennata impedirebbe atti “*personali*” tesi a compromettere, *ad personam*, sia la libertà di circolazione e, di conseguenza, la libertà personale⁶.

In questo solco parrebbe il caso di osservare che la libertà di circolare, allo stato attuale, non possa ridursi allo schema adottato sinora e, cioè, quello prettamente tangibile intesa come diritto a muoversi “*liberamente*” nello spazio fisico di riferimento, ma dovrebbe riguardare le nuove forme di movimento quali appunto quelle “*digitali*” e “*metadigitali*”⁷. Ed, allora, è il caso di comprendere che la libertà di circolazione passa inevitabilmente dal diritto alla mobilità, anch'essa digitale⁸.

Le ragioni di questa estensione di concetto sono ben evidenziate nelle linee guida dell'EDPB n 01/2020 sul “*trattamento dei dati personali nel contesto dei veicoli connessi e delle applicazioni legate alla mobilità*” nelle quali viene evidenziato come il vivere individuale e sociale non può essere separato dal vivere digitale e tra queste forme di interazione sociale vi è, appunto, quella della libertà di movimento con tutte quelle che sono le implicazioni connesse al trattamento dei dati personali⁹.

² Disposizione che fa il pari con quanto stabilito all'art. 45 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Sul diritto di muoversi liberamente secondo il diritto europeo si veda M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIBENE, *Citizenship of the Union and Free Movement of Persons*, Leiden-Boston, 2008.

³ P. CARROZZINO, *Libertà di circolazione e soggiorno, principio di legalità e gestione dell'emergenza sanitaria da Covid-19*, in *Osservatorio Costituzionale*, n. 3, 21 aprile 2020, p. 3.

⁴ Nel senso che il testo costituzionale limita le ipotesi di restringimento del diritto di circolazione non ad un eventuale provvedimento giurisdizionale (così A. VIGNUDELLI, *op. cit.*, p. 499) ma, per il principio di uguaglianza, ad una sua riduzione esclusivamente per mezzo di una legge e a causa di “*motivi di sanità o di sicurezza*” (così P. CARROZZINO, *op. cit.*, p. 3).

⁵ P. STANCATI, *Legalità (principio di)*, in *Il Diritto – Enciclopedia Giuridica del Sole 24 Ore*, VIII, Milano, 2007, p. 688; S. FOIS, *Legalità (principio di)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XXIII, Milano, 1973, p. 660; V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, Padova, 1984, p. 58, per il quale “*il principio di legalità esige che l'esplicazione dell'autorità (regolamento o provvedimento) trovi il proprio fondamento positivo, oltre che il proprio limite negativo, in una previa norma, che di solito si ritiene debba essere posta da legge formale o da atto ad essa equiparato, in omaggio al concetto “politico” di legge*”.

⁶ A. VIGNUDELLI, *op. cit.*, p. 499 ss. Però, come evidenziato dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 127 del 7 aprile 2022, “*può essere complicato, talvolta, distinguere, tra le incisioni della facoltà di locomozione, quelle che convergono, in quanto degradanti, verso la libertà personale, e quindi di competenza dell'autorità giudiziaria, e quelle che, invece, afferiscono alla libertà di circolazione*”.

⁷ Per aderire ad un concetto lato di libertà di movimento si veda diffusamente L. TADDIO, G. GIACOMINI (a cura di), *Filosofia del digitale*, Milano-Udine, 2020; S. DENICOLAI, *Verso una nuova “umanità” nel rapporto con la tecnologia*, 2021, Torino, p. 144; R. ALTIN, P. PARMEGGIANI, *Nuove frontiere della rappresentazione digitale*, Milano, 2007, p. 55 e 56.

⁸ F. GASPARI, *Territorio, formazioni sociali e tutela dei diritti fondamentali*, Bari, 2021, p. 47 ss.

⁹ Nella parte relativa alle introduzioni delle citate linee guida viene evidenziato che “*Oggi, mentre i veicoli connessi si apprestano a diventare prodotti di largo consumo, tale visione non corrisponde più alla realtà. La connettività di bordo si sta rapidamente estendendo dai modelli di lusso e dai marchi di fascia alta ai modelli di fascia media realizzati in grandi quantità e i veicoli si stanno trasformando in enormi hub di dati. Non solo i veicoli ma anche i conducenti e i passeggeri sono sempre più connessi. Infatti molti modelli lanciati sul mercato negli ultimi anni integrano sensori e apparecchiature di bordo connesse, capaci di*

2. Muoversi liberamente

La libertà di circolazione e, come detto, il diritto alla mobilità “*digitale*” sono legati a filo doppio all’avverbio “*liberamente*”.

La portata semantica di tale concetto parrebbe ovvia sol che si consideri che ciascun individuo o gruppo di persone dovrebbe poter decidere, appunto, “*liberamente*” come esercitare tale forma di libertà o, per meglio dire, di diritto.

Tuttavia, la base di partenza a questo interrogativo – sottoposto indirettamente alla consapevolezza di essere realmente liberi di muoversi – poggia il suo fondamentale punto di partenza su come si atteggi il diritto a disporre di tale libertà.

Cioè, il presupposto concreto è verificare se si sia pienamente ovvero realmente liberi di disporre di tale diritto.

Un primo approccio sistematico è comprendere che libertà di circolazione non è altro che un concetto relativo perché si relativizza con la libertà degli altri¹⁰.

Viepiù, ogni libertà presuppone l’esercizio del potere di autodeterminazione da cui discende anche la tematica del consenso.

Invero, il concetto relativo alla possibilità di esercitare una libertà presuppone che su di essa possa assumersi, autodeterminandosi, una decisione.

Sul punto si è espressa anche la Corte Costituzionale che in un recente *obiter dictum*, contenuto nella sentenza n. 127 del 7 aprile 2022, ha sottolineato che “*la facoltà di autodeterminarsi quanto alla mobilità della propria persona nello spazio, in linea di principio, costituisce una componente essenziale sia della libertà personale, sia della libertà di circolazione*” visto che la facoltà di locomozione costituisce la base fattuale per l’esercizio di numerosi altri diritti di primaria importanza.

raccogliere e registrare, tra l'altro, le prestazioni del motore, le abitudini di guida, i luoghi visitati e, potenzialmente, persino i movimenti oculari del conducente, la frequenza cardiaca oppure dati biometrici al fine di identificare in maniera univoca una data persona fisica. Il trattamento di questi dati avviene in un ecosistema complesso, che non è limitato agli operatori tradizionali del settore automobilistico ma è anche plasmato dall'emergere di nuovi operatori dell'economia digitale. Questi nuovi operatori potranno offrire servizi di infotainment quali musica online, informazioni sul traffico e sulle condizioni stradali, oppure fornire sistemi e servizi di assistenza alla guida, ad esempio software di guida autonoma, aggiornamenti sullo stato del veicolo, assicurazioni basate sull'uso (usage-based) o mappatura dinamica. Inoltre poiché i veicoli sono connessi tramite reti di comunicazione elettronica, anche i gestori delle infrastrutture stradali e gli operatori di telecomunicazione coinvolti in questo processo svolgono un ruolo importante per quanto riguarda le potenziali operazioni di trattamento che interessano i dati personali di conducenti e passeggeri. Inoltre i veicoli connessi stanno generando crescenti quantità di dati che possono essere considerati, per la maggior parte, dati personali in quanto riferiti a conducenti o passeggeri. Anche qualora non siano direttamente correlati a un nominativo ma si riferiscano ad aspetti tecnici e a caratteristiche del veicolo, i dati raccolti da un'automobile connessa riguarderanno comunque il conducente o i passeggeri. A titolo di esempio i dati riguardanti lo stile di guida o la distanza percorsa, i dati relativi all'usura di parti del veicolo, i dati relative all'ubicazione o quelli raccolti da videocamere possono riguardare il comportamento del conducente nonché informazioni concernenti altre persone che potrebbero trovarsi all'interno del veicolo, oppure interessati che si trovano nelle vicinanze. Tali dati tecnici sono prodotti da una persona fisica e consentono la sua identificazione diretta o indiretta da parte del titolare del trattamento o di un terzo. Il veicolo può essere considerato un terminale utilizzabile da diversi utenti.”

¹⁰ Si tratta di un diritto relativo e non assoluto. In questi termini D. MORANA, *Alcune considerazioni sui rapporti tra le libertà costituzionali: strumentalità, specialità, integrazione*, in A. D'ATENA (a cura di), *Studi in onore di Pierfrancesco Grossi*, Milano, 2012, p. 957.

Con maggiore sforzo esegetico, si potrebbe riprendere la considerazione¹¹ secondo cui la libertà di circolazione tutela la “libera” autodeterminazione dei cittadini nella dislocazione del proprio corpo nei suoi aspetti statico e dinamico che vede nella mobilità delle persone uno tra i fattori di sviluppo e scambio socio-economico.

Di conseguenza, questa premessa rende irrinunciabile allargare l’orizzonte della libertà di circolazione non soltanto a quel che attiene la mera sfera fisica ma anche quella fenomenica-digitale visto che tale tipo di libertà, affianco ad altre di pari rango, costituisce - di fatto - un cardine per il nuovo fenomeno della società digitale che, giocoforza, mutua i principi giuridici costituzionali per adattarli al nuovo raffronto con le nuove tecnologie¹².

3. La compromissione del diritto a muoversi liberamente

È indubitabile che il ricorso alle nuove tecnologie abbia lo scopo “nobile” di rendere la vita quotidiana più confortevole e più sicura.

Si spiega in tal modo il sempre più crescente ricorso alla tecnologia per i più disparati impieghi nel settore specifico della mobilità: si pensi alla possibilità di monitorare le strade per la sicurezza delle stesse (quali, ad esempio, il monitoraggio delle strade e la cura delle stesse per scongiurare rischi connessi alle buche stradali)¹³ ovvero l’implementazione delle cosiddette “smart road” in grado di attingere ad una moltitudine di dati per migliorare l’esperienza di trasporto delle moderne città ed autostrade¹⁴ o, ancora, ridurre l’impatto ambientale e migliorare l’efficientamento energetico¹⁵ o, da ultimo, per la migliore erogazione dei servizi sociali¹⁶.

Se questo approccio potrebbe costituire la prima ragione dell’entusiasmo dimostrato verso l’adozione tecnologica rivolta alla mobilità, sotto altro versante, come già evidenziato da altri autori¹⁷, il ricorso all’utilizzazione di *big data* e algoritmi predittivi

¹¹ M. CAVINO, L. CONTE, *Il Diritto Pubblico*, Maggioli, 2014, p. 406. Tale opinione riprende l’accezione tradizionale sviluppata *ex multis* A. PERRONE, *L’illecito nella circolazione stradale*, Torino, 2011, p. 46 e dalla tratlizia dottrina ivi richiamata.

¹² G. M. FLICK, C. FLICK, *L’algoritmo d’oro e la torre di Babele*, prima parte, *L’albero dell’algoritmo*, Milano, 2022, sull’impatto delle nuove tecnologie sul vivere sociale si veda S. CRISCI, *Intelligenza artificiale ed etica dell’algoritmo*, in *Foro Amministrativo* (II), n. 10, 1 ottobre 2018, p. 1787.

¹³ R. NAVLE, S. BARRAPTAY, A. SAKORE, V. GORE, J. D. PALKAR, *Intelligent Monitoring System for Smart Road Environment*, in *International Journal of Research in Engineering, Science and Management*, III, Issue-3, Marzo 2020, p. 654.

¹⁴ Nel testo divulgato da ANAS S.p.A. dal titolo *SMART ROAD “La strada all’avanguardia che corre con il progresso”* (in particolare a p. 32 ss.) si percepisce che, in linea di massima, il concetto di “smart road” è legato più ad un’opportunità che garantisca la migliore allocazione dei mezzi di trasporto e una maggiore sicurezza stradale. Difatti i sistemi di mobilità “digitale” garantiscono un immediato monitoraggio dei comportamenti degli utenti, la segnalazione di incidenti e la relativa gestione per ridurre effetti “a cascata” dipendenti da essi. Viene, in ogni caso, dato atto dell’importanza del trattamento dei dati personali e come l’intero sistema sia stato congeniato in conformità al GDPR (*privacy by design*).

¹⁵ S. BATTISTONI, *Smart city public procurement. Percorso operativo attraverso il codice dei contratti pubblici*, Torino, 2021, p. 27. A. PISANI TEDESCO, D. V. CERINI, *Smart roads and smart cars: prospettive, opportunità, responsabilità*, 2020, p. 79. L. BUTTI, *Auto a guida autonoma: sviluppo tecnologico, aspetti legali ed etici, impatto ambientale*, in *Rivista giuridica dell’ambiente*, n. 3/4, 2016, p. 435.

¹⁶ E. M. KITZMILLER, *IDS Case Study: Allegheny County*, in *Actionable Intelligence For Soc. Pol’y*, 2014. P. DE GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *Smart city: innovazione, infrastrutture e smart finance. Un nuovo parametro di Costituzione e di digital regulation*, in *Diritto e Politica dei Trasporti*, n. 2, 2021, p. 79.

¹⁷ P. DE GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *op. cit.*, p. 79.

diviene una modalità di *governance* per consentire alle autorità di gestire l’allocazione delle risorse alla luce dei comportamenti e delle preferenze dei singoli soggetti.

Appare evidente come un tale sistema di mobilità digitale consente, non solamente, una maggiore efficienza ma anche un maggiore controllo, o per meglio dire monitoraggio da cui derivano diversi problemi¹⁸, spesso intrecciati a questioni di natura giuridica¹⁹.

Tra queste criticità, un primo interesse si è rivolto verso la mobilità intelligente veicolare²⁰ in cui, sicuramente, si annida il rapporto tra la mobilità digitale e il settore del trattamento dei dati personali²¹.

Sul punto, le già menzionate linee guida dell’EDPB n 01/2020 sul “*trattamento dei dati personali nel contesto dei veicoli connessi e delle applicazioni legate alla mobilità*” si concentrano²² sul trattamento dei dati personali in relazione all’uso non professionale di veicoli connessi da parte degli interessati: conducenti, passeggeri, proprietari di veicoli, altri utenti della strada ecc.. Più specificamente il documento si sofferma sui dati personali: i) trattati all’interno del veicolo, ii) scambiati tra il veicolo e i dispositivi personali ad esso connessi (ad esempio lo smartphone dell’utente) oppure iii) raccolti localmente nel veicolo ed esportati verso soggetti esterni (ad esempio case costruttrici, gestori di infrastrutture, imprese di assicurazione, officine di riparazione) ai fini di un ulteriore trattamento.

Il riferimento non è di poco momento visto che il vero problema è il “*monitoraggio dinamico strutturale predittivo*”²³ che nel settore della *data protection* attiene alla profilazione predittiva²⁴.

Se si immagina il monitoraggio nello stretto perimetro della sicurezza si spiega come l’intervento legislativo rivolto alle scatole nere (*black box*) ne abbia già riconosciuto la legittimità e meritevolezza²⁵.

¹⁸ A. PISANI TEDESCO, *Smart mobility e rischi satellitari e informatici: i possibili scenari di allocazione della responsabilità civile*, in *Diritto del Commercio Internazionale*, n. 4, 1 dicembre 2019, p. 801.

¹⁹ S. SCAGLIARINI, *Smart roads e driverless cars: tra diritto, tecnologie, etica pubblica*, Torino, 2019, p. 27 ss. D. CROCCO, S. CRISCI, *Smart road e guida autonoma: il quadro delle responsabilità*, in *Strade & Autostrade*, Milano, Anno XXVI, 2022, p. 27 ss.

²⁰ R. LOBIANCO, *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma - I parte*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, n. 3, 1 marzo 2020, p. 724; sempre R. LOBIANCO, *Veicoli a guida autonoma e responsabilità civile: regime attuale e prospettive di riforma - II parte*, in *Responsabilità Civile e Previdenza* n. 4, 1 aprile 2020, p. 1080. M. G. LOSANO, *Verso l’auto a guida autonoma in Italia*, in *Diritto dell’Informazione e dell’Informatica* (II), n. 2, 1 aprile 2019, p. 423. B. CAPPIELLO, “*A.I. in a Vehicle*”: *extra-contractual liability issues*, in *Giurisprudenza Commerciale*, n. 6, 1 dicembre 2021, p. 1127.

²¹ S. SCAGLIARINI, *Smart Roads and Autonomous Driving vs. Data Protection: the Problem of the Lawfulness of the Processing*, in *European Review of Digital Administration & Law*, II, Issue 1, 2021, p. 189-198.

²² Cfr. punti 20 ss.

²³ L. MERENDI, *Monitoraggio dinamico strutturale predittivo e cloud computing nelle infrastrutture stradali*, in *Strade & Autostrade*, Milano, Anno XXVI, 2022, p. 7 ss.

²⁴ A. PISANI TEDESCO, D. V. CERINI, *op. cit.*, p. 56. Più in generale sul fenomeno della profilazione si veda L. BOZZI, *Le regole generali per il trattamento dei dati*, in V. CUFFARO, R. D’ORAZIO, V. RICCIUTO (a cura di), *Il codice del trattamento dei dati personali*, Torino, 2007, p. 98. R. DE MEO, *Autodeterminazione e consenso nella profilazione dei dati personali*, in *Dir. Inf. Inform.*, 2013, p. 587. E. K. PALLONE, *La profilazione degli individui connessi a internet: “privacy online” e valore economico dei dati personali*, in *Cyberspazio diritto*, 2015, p. 295. E. PELLECCIA, *Profilazione e decisioni automatizzate al tempo della black box society: qualità dei dati e leggibilità dell’algoritmo nella cornice della responsible research and innovation*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2018, p. 1209 ss.

²⁵ Per una migliore disamina si veda M. M. R. OLIVIERO, F. SULIS, *Frode assicurativa e reati connessi*, Torino, 2021, p. 120 ss. Diffusamente sul tema M. HAZAN, A. BUGLI, *L’assicurazione RC Auto dopo la*

Difatti, gli artt. 132-ter e 145-bis del d.lgs. 7 settembre 2005 n. 209 stabiliscono, da un lato, che vi sia l'obbligo a contrarre da parte dell'Assicuratore contro uno sconto obbligatorio sui prezzi praticati alle proposte assicurative in caso di installazione di una scatola nera e, dall'altro, la previsione che tali dispositivi siano installabili solo con il consenso dell'utente. Viepiù, i dati raccolti costituiscono piena prova nei procedimenti civili riferibili alla sola sinistrosità da circolazione dei veicoli.

Questo tipo di dispositivi sono destinati, però, ad essere implementati ed arricchiti da nuove e più avanzate apparecchiature, rese obbligatorie per l'omologazione dei veicoli a motore, così come stabilito dal Regolamento (UE) 2019/2144 del 27 novembre 2019.

Tale disposizione fa il pari con il nuovo innesto normativo del decreto legislativo attuativo della direttiva UE 2019/770 che ha introdotto nel Codice del consumo un nuovo Capo, contenente gli articoli da 135-octies a 135-vicies ter, volto a disciplinare taluni aspetti dei contratti di fornitura di contenuto digitale o di servizi digitali conclusi tra consumatore e professionista.

Se, da un lato, quest'ultima novella ha fornito nuovi spunti e argomentazioni per riflettere sul tema della "commerciabilità" dei dati²⁶ da parte dei soggetti direttamente interessati; dall'altro, essa stessa è occasione per disquisire del tema dell'autodeterminazione e del consenso nel contesto della mobilità digitale.

Ciò che desta attenzione, infatti, non è già la possibilità di aderire, o meno, alla possibilità di installare o utilizzare tali dispositivi, ma riguarda la più ampia e preliminare tematica sulla "qualità" del consenso prestato dall'utente²⁷ che venga indotto, con metodi subdoli, ad abdicare alla propria facoltà di muoversi "liberamente"²⁸.

Già l'impiego delle scatole nere è occasione di ragionamento sul problema della profilazione perchè essa si amplifica nel momento in cui le informazioni, anche non raccolte direttamente da queste *black box*, e quindi con il consenso dell'utente, vengano scambiate direttamente dal veicolo e nel veicolo²⁹.

Infatti, alla base del sistema della *smart mobility* vi è la capacità di creare, raccogliere e scambiare dati sia con i veicoli utilizzati dall'utente sia con i dispositivi personali - quali lo *smart phone* - che interagiscono con il veicolo stesso, creando una moltitudine di connessioni³⁰.

legge sulla concorrenza 2017, Torino, 2017 e G. CASSANO, A. CATRICALÀ, R. CLARIZIA, *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018.

²⁶ Si è dell'avviso che nel prevedere lo scambio dei dati personali come corrispettivo, si deve sagacemente evitare di qualificare economicamente il dato con un prezzo determinato (art. 1474 c.c.) visto che si tratterebbe di una permuta "atipica" il cui contenuto patrimoniale del prezzo potrebbe essere pretermesso (art. 1555 c.c.). Sul punto si vedano sommariamente le considerazioni espresse dallo scrivente nel breve contributo *Questioni aperte sulla commerciabilità dei dati*, in *ntplusdiritto.ilsole24ore.com*, del 24 Novembre 2021, laddove si dà anche atto del filone interpretativo con cui alcun pronunce della giustizia amministrativa abbiano inteso cimentarsi sul valore economico dei dati in seno alla pratica ingannevole a scapito del consumatore che sia ignaro del commercio delle sue informazioni personali (cfr. Consiglio di Stato n. 2631/2021 a conferma della sentenza del Tar Lazio Roma n. 260/2020).

²⁷ Spesso il consenso viene pretermesso nell'impiego della nuova mobilità digitale visto che la raccolta dei dati si attesta quasi sempre alla raccolta di *big data* senza il diretto coinvolgimento dei dati personali dei singoli utenti. Tuttavia, come osservato da D. B. RAWAT, K. Z. GHAFOR, *Smart Cities Cybersecurity and Privacy*, Amsterdam, 2019, p. 68 ss. è sempre più facile risalire ai dati degli utenti ed è quindi sempre necessario prevedere l'acquisizione di un valido consenso.

²⁸ A. PISANI TEDESCO, D. V. CERINI, *op. cit.*, p. 55.

²⁹ Cfr. punto 20 delle linee guida dell'EDPB n. 01/2020 sul "trattamento dei dati personali nel contesto dei veicoli connessi e delle applicazioni legate alla mobilità".

³⁰ A. PISANI TEDESCO, D. V. CERINI, *op. cit.*, p. 55.

In queste situazioni, alcuni asseriscono che non sia rintracciabile neanche una flebile forma di volontà del soggetto interessato e, quindi, sarebbe necessario praticare molta attenzione nella qualità delle informazioni raccolte³¹.

Richiamando, allora, le considerazioni spese nelle citate linee guida dell'EDPB n. 01/2020 sul "*trattamento dei dati personali nel contesto dei veicoli connessi e delle applicazioni legate alla mobilità*"³², si può desumere che il consenso (ovviamente libero, specifico e informato oltre che revocabile) costituisce una manifestazione di volontà inequivocabile dell'interessato che deve poter promanare da un atto veramente "*libero*" di autodeterminazione.

Infatti, tanto si è discusso sulle problematiche in linea generale sul consenso ma, pare, non sia stato affrontato ancora il caso in cui ad essere menomato non sia il consenso ma il diritto all'autodeterminazione da cui il consenso deriva.

Se quanto sinora esposto – in termini di monitoraggio e trattamento dei dati - risulta essere corretto e giustificato in termini di bilanciamento di interessi, è doveroso ricordare che gli stessi algoritmi predittivi o dispositivi digitali comportano delle insidie: una volta sviluppati o implementati in maniera impropria, gli algoritmi possono mascherare pregiudizi incorporati negli stessi dati raccolti, oppure manifestare preferenze che divergono dalle impostazioni "*di sistema*"³³.

Per comprendere in pieno quanto appena accennato, si deve considerare che bisogna sempre distinguere i vari tipi di consenso e di autodeterminazione.

Sul punto, deve essere osservato che spesso un singolo individuo esplica la sua facoltà di libera "*circolazione*" nella duplice veste di interessato-consumatore e dal che discende che l'erogatore di un servizio dovrebbe fornire più informative (*rectius* informazioni) rivolte a ciascuno sia nella veste di interessato (facendo riferimento agli artt. 13 e 14 GDPR) sia come consumatore (secondo il codice del consumo, decreto legislativo 6 settembre 2005 n. 206), ma soprattutto dovrebbe acquisire più consensi: al trattamento dei dati e allo scambio dei dati.

Da qui l'ovvia considerazione che ad essere informato non è il consenso ma la persona che lo presta (interessato o consumatore che sia).

In una recente sentenza³⁴ la Suprema Corte ha osservato che è necessario distinguere il consenso richiesto a fini negoziali (ossia il consenso prestato da un soggetto capace di intendere e volere e non viziato da errore, violenza o dolo, ovvero, in determinati frangenti, da pericolo o da bisogno: consenso, quello così previsto, che pur sussiste quantunque perturbato, al di sotto di una determinata soglia, in ragione dei vizi indicati, secondo quanto risulta dagli articoli 1428, 1435 e 1439 c.c.) dal consenso "*rafforzato*" al trattamento dei dati personali a "*tutela contro possibili tecniche commerciali aggressive o suggestive....[avverso] i rischi per la persona posti dal trattamento in massa dei dati personali, così come reso possibile dall'evoluzione tecnologica*".

Entrambi i consensi andrebbero, perciò, tenuti distinti per evitare il rischio che l'uno possa diventare "*grimaldello*" dell'altro visto che "*il consenso in discorso [al trattamento dei dati], alla luce del dato normativo, è tale da non ammettere compressioni di alcun genere e non sopporta di essere sia pure marginalmente perturbato non solo per effetto di errore, violenza o dolo, ma anche per effetto de l'intero ventaglio di possibili disorientamenti,*

³¹ A. PISANI TEDESCO, D. V. CERINI, *op. cit.*, p. 56.

³² Cfr. punti 48 ss.

³³ P. DE GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *op. cit.*, p. 80.

³⁴ Corte di Cassazione, sentenza 11 maggio 2018 n. 17278.

*stratagemmi, opacità, sotterfugi, slealtà, doppiezze o malizie comunque adottate dal titolare del trattamento*³⁵.

Ebbene, ci si può rendere conto che in un ambiente digitale è difficile verificare se, realmente, l'interessato fornisca o meno il previo consenso alla raccolta dei dati, visto che sin dalla progettazione (*privacy by design*) i dispositivi impiegati sono molteplici e onnipresenti a tal punto che essi sono destinati ad essere letteralmente trascurati dagli utenti che, frettolosi, non si curano dei risvolti pratici alla raccolta, con buona pace della reale consapevolezza e autodeterminazione, senza essere realmente consapevoli delle loro scelte. Tale approccio potrebbe essere definito come "*routinizzazione*" del consenso: l'interessato acconsente ad un determinato impiego dei dati ma senza consapevolezza perché incentivato a farlo tramite la manipolazione attuata dalla richiesta di consenso "*frequente*".

Si tratta di quel meccanismo descritto nel "*paradosso della privacy*" ("*privacy paradox*")³⁶ dove i soggetti interessati affermano una cosa ma ne praticano un'altra.

Se questa non è la sede di discutere della validità di tale consenso³⁷, qui giova ripercorrere brevemente come nell'accennato "*paradosso della privacy*" si annidino i vari comportamenti quotidiani che riescono a menomare intrinsecamente la capacità di autodeterminazione³⁸.

Ciò avviene, come detto, per distrazione, svogliatezza, con l'incentivo di uno sconto o di una promozione, che trasforma il consenso da consapevole a inconsapevole; si acconsente qualcosa senza sapere perché e come³⁹.

Come osservato⁴⁰, tutta la legislazione di settore - tesa alla salvaguardia del consenso - protegge e tutela il consenso "*consapevole*" non il consenso "*inconsapevole*", o per meglio dire manipolato.

Qui si annida il primo equivoco: sorge nell'utente (di regola consumatore) l'errato affidamento che la tutela giuridica lo protegga sempre e comunque anche laddove non si sia affatto compreso a cosa egli abbia acconsentito.

Ciò non è vero, perlomeno tutte le volte in cui si presume che l'utente abbia consapevolmente acconsentito.

Se la tutela piena vi può essere per le clausole vessatorie, d'altra parte, un principio attribuito ai giureconsulti romani⁴¹, tuttora attuale, ammonisce che *vigilantibus, non dormientibus, iura succurrunt*.

Si tratta di verificare, allora, se allo stato attuale dell'evoluzione tecnologica questa "*sonnolenza*" nell'esprimere il consenso debba essere in qualche modo prevenuta.

³⁵ Corte di Cassazione, cit.

³⁶ N. RICHARDS, W. HARTZOG, *The pathologies of digital consent*, in *Washington University Law Review*, XCVI, Issue 6, *Trust and Privacy in the Digital Age*, 2019, p. 1461.

³⁷ Sovente accade che il consenso venga acquisito con lo schema "*prendere o lasciare*" descritto da RICHARDS & HARTZOG, *Privacy's Trust Gap*, 126, YALE L.J., 2017, p. 1198 oppure RICHARDS & HARTZOG, *Taking Trust Seriously*, in *Privacy Law*, 19 STAN. TECH. L. REV. 431, 2016, p. 444.

³⁸ N. RICHARDS, W. HARTZOG, *op. cit.*, p. 1465.

³⁹ N. RICHARDS, W. HARTZOG, *op. cit.*, p. 1466.

⁴⁰ N. RICHARDS, W. HARTZOG, *op. cit.*, p. 1466.

⁴¹ PAPINIANO in *Codex, Corpus Iuris Civili*, 7, 40, 2.

Infatti, sovente le pratiche commerciali di acquisizione del consenso sono sleali e scorrette⁴² e dovrebbe essere ribaltata la presunzione che se consenso vi sia stato esso possa essere presuntivamente viziato.

Immaginiamo, infatti, che il professionista che rende un servizio fornisca una moltitudine di avvisi, sottoscrizioni ovvero metodi di approvazione⁴³.

Ciò non toglie il fatto che il soggetto interessato rimanga sempre e comunque distratto e disinvolto nell'approvare velocemente e svogliatamente ogni tipo di consenso.

La questione, semmai, è dettata dal tempo.

Solo il fattore tempo, in termini di “*tempi di lettura*” dell'uomo medio, può far presumere che la persona fisica sia stata consapevole e attenta a quello che abbia acconsentito visto che, come ad esempio recentemente statuito⁴⁴, “*non integra il requisito della specifica approvazione per iscritto ex art. 1341 comma 2 c.c., il richiamo in blocco di tutte le condizioni generali di contratto o di gran parte di esse, comprese quelle prive di carattere vessatorio, e quindi la loro sottoscrizione indiscriminata, poiché con tale modalità non è garantita l'attenzione del contraente debole verso la clausola a lui sfavorevole*”.

Questo ragionamento, però, non dovrebbe applicarsi al dissenso che può, viceversa, essere netto e rapido, dal momento che le persone potrebbero soffrire di “*stanchezza decisionale*”⁴⁵: sono così tante le occasioni in cui un soggetto viene sollecitato che si stancherebbe ad analizzare anche e, soprattutto, le proposte di diniego ad un servizio.

Si tratta, dunque, di rimodulare il concetto del consenso quale *passerpartout* per ogni tipo di attività per smorzare “*l'illusione di controllo*” che esso genera⁴⁶.

Infatti, di norma il consumatore/persona fisica agisce irrazionalmente⁴⁷.

Tale irrazionalità è comprovata dal fatto che l'economia comportamentale ha creato una limite cognitivo inteso non come vera e propria irrazionalità ma come “*prevedibilità*” del “*System One*” e del “*System Two*” in cui sostanzialmente il consumatore nell'ambiente digitale è prevedibilmente indotto ad acconsentire piuttosto che a negare un consenso e da qui discende anche il “*paradosso della privacy*” per cui in astratto le persone sarebbero preoccupate per la loro *privacy* ma, in concreto, se ne disinteressano totalmente⁴⁸.

Nelle varie categorie di esempi che si potrebbero fornire un dato spicca per frequenza e come elemento dirimente: la fretta⁴⁹.

Il soggetto medio (frenetico, impulsivo e sensibilmente occupato) acconsente a qualsivoglia richiesta per “*impellenza*”, senza consapevolezza né senza reale autodeterminazione.

La fretta, quindi, si pone agli antipodi del tempo: se il consumatore impiega tempo ad acconsentire non è frettoloso, quindi è consapevole e, perciò, si autodetermina.

⁴² G. CONTI, E. SOBIESK, *Malicious Interfaces and Personalization's Uninviting Future*, in *Ieee comput. soc'y & reliability soc'y* 72, 2009, p. 75 analizzano i vari tipi di metodi maliziosi di acquisizione del consenso quali, ad esempio, tecniche di confusione, defatigamento dell'utente, distrazione, manipolazione della navigazione, frequenza nella modulazione delle richieste di consenso etc.

⁴³ Esistono molteplici forme di manipolazione per l'acquisizione del consenso. Si pensi all'impiego della psicologia comportamentale per indurre il consenso come, ad esempio, l'utilizzo del colore verde sul pulsante del consenso ed il rosso per quello del diniego.

⁴⁴ Cfr. *ex multis* Tribunale di Reggio Emilia, sez. II, sentenza 24 aprile 2018 n. 623.

⁴⁵ N. RICHARDS, W. HARTZOG, *op.cit.*, p. 1484.

⁴⁶ N. RICHARDS, W. HARTZOG, *op.cit.*, p. 1473.

⁴⁷ R. H. THALER, *Misbehaving: The making of behavioral economics*, 2016 in N. RICHARDS, W. HARTZOG, *op.cit.*, p. 1476.

⁴⁸ N. RICHARDS, W. HARTZOG, *op.cit.*, p. 1477.

⁴⁹ N. RICHARDS, W. HARTZOG, *op.cit.*, p. 1478-79.

Da questo scenario sinora condiviso si può evincere che la generale compromissione del consenso e dell'autodeterminazione non risparmia anche la capacità di muoversi liberamente.

Che questo timore sia divenuto un concreto dato di fatto è facile arguirlo⁵⁰.

Infatti, calando questi principi ad alcuni esempi di ordine pratico, la stessa esperienza di programmazione turistica, ad esempio, è compromessa ogniqualvolta un utente immagini di scegliere “*liberamente*” un itinerario di viaggio ma questo sia frutto di una frettolosa profilazione consentita (ad esempio in cambio di uno sconto sul biglietto).

Ancora, si immagini di raggiungere una determinata località su un'applicazione fornita “*gratuitamente*” per la circolazione (anch'essa frettolosamente acconsentita in cambio di profilazione e monitoraggio o impiego di algoritmi in grado di prescindere dalle preferenze dell'utente).

In quest'ultima occasione, non è da escludere che l'algoritmo fornisca un determinato percorso perchè, da lato, lo stesso utente ha acconsentito ad essere profilato secondo determinate preferenze e, dall'altro, un operatore economico è probabile che abbia sostenuto un impegno economico al fornitore del *software* (rendendo l'applicazione “*gratuita*” solamente sul versante del consumatore finale) per far transitare la maggior parte degli utenti di passaggio su località limitrofe e deviarne così il percorso per ricevere maggiore visibilità per il proprio esercizio commerciale.

Orbene, si può percepire che un tale ragionamento o, per meglio dire, sistema di manipolazione della libertà di movimento può essere estesa ad ogni situazione sol che si riesca a comprendere che possono essere infinite le forme subdole di compromissione della libertà di circolazione.

In questo segmento di riflessione, le infinite forme di manipolazione della libertà di circolazione aumentano esponenzialmente nel “*Metaverso*”⁵¹.

Nel Metaverso, infatti, ci si muove a cavallo della realtà fisica e quella virtuale con possibilità di trattamento di informazioni e dati nuove e inesplorate⁵².

Ad esempio, sinora si è discusso dell'utilizzo dei *device* quali lo *smartphone*, ma con il Metaverso si ragionerà del tracciamento oculare degli utenti (oppure delle onde cerebrali) i cui dati possono essere utilizzati per ricavare informazioni sulla capacità di attenzione degli utenti al fine di commercializzare meglio i propri prodotti⁵³.

⁵⁰ M. D. MASSENO, C. SANTOS, *Privacy and Data Protection Issues on Smart Tourism Destinations – First Approach*, in *Intelligent Environments*, 2018, p. 298 ss.

⁵¹ Il concetto di *Metaverso* è apparso per la prima volta nel romanzo di narrativa Snow Crash scritto da Neal Stephenson nel 1992 ma solo recentemente è stato impiegato per rappresentare quello sviluppo tecnologico in cui si “*naviga*” attraverso la realtà fisica tramite forme di realtà virtuali con l'aiuto della realtà aumentata (AR), la realtà virtuale (VR) e l'Internet tattile. Per un maggiore approfondimento si veda M. XU, W. CHONG NG, W. Y. BRYAN LIM, J. KANG, Z. XIONG, D. NIYATO, Q. YANG, X. S. SHEN, C. MIA, *A Full Dive into Realizing the Edge-enabled Metaverse: Visions, Enabling Technologies, and Challenges*, in *arXiv - CS - Computers and Society (IF)*, 10 marzo 2022.

⁵² L. BOLOGNINI, M. E. CARPENELLI, *The future of personal data in the Metaverse*, in *Istituto Italiano per la Privacy e la Valorizzazione dei Dati*, 5 aprile 2022. Sulle possibilità di implementazione tecnologica della mobilità con il Metaverso si veda diffusamente T. J. CHUA, W. YU, J. ZHAO, *Resource Allocation for Mobile Metaverse with the Internet of Vehicles over 6G Wireless Communications: A Deep Reinforcement Learning Approach*, in *arXiv - CS - Computers and Society (IF)*, 27 settembre 2022; F.Y. WANG, *MetaVehicles in the Metaverse: Moving to a New Phase for Intelligent Vehicles and Smart Mobility*, in *Ieee transactions on intelligent vehicles*, VII, n. 1, marzo 2022; D. AUGENSTEIN, B. MORSCHHEUSER, *Understanding human factors in the metaverse - an autonomous driving experiment*, in *Research-in-Progress Papers*, 2022, p. 37.

⁵³ M. XU, W. CHONG NG, W. Y. BRYAN LIM, J. KANG, Z. XIONG, D. NIYATO, Q. YANG, X. S. SHEN, C. MIA, *op. cit.*, p. 25.

D'altronde, le nuove infrastrutture dei dati, i processi economici e i modelli di *governance* delle piattaforme digitali sono stati profondamente ristrutturati dal Metaverso con il nuovo fenomeno noto come *platformization* del “*mondo virtuale parallelo*” in cui le città virtuali potranno essere l'alternativa alle città intelligenti⁵⁴.

Infatti, ciò che si rinviene nelle *smart city* con le tecnologie innovative emergenti come l'Intelligenza Artificiale, i *Big Data*, l'*IoT* e i *Digital Twin*, che forniscono ricchi *set* di dati e elementi computazionali avanzati del comportamento umano; nel Metaverso queste attività e strumenti vengono ridefiniti per renderne un tutt'uno.

Le implicazioni sono percepibili laddove ogni riflessione, soprattutto giuridica, quivi spesa si basa sulla parcellizzazione dei concetti.

Si tratta di chiarire che nel Metaverso tutto è ancora più fluido tanto da indurre a ritenere emergente il pericolo di una *cyber-distopia*⁵⁵, in cui gli utenti potrebbero rimanere “*intrappolati*” nella realtà appunto creata dal Metaverso.

Invero, l'esperienza virtuale consente alle persone di trascorrere molto tempo in tale ambiente immersivo e interattivo, interagendo con contenuti in grado di fornire riparo e l'illusione di una realtà alternativa: ciò che comunemente si definisce “*fuga dalla realtà*”.

Ciò comporta che l'utente possa, coscientemente o incoscientemente, rimanere immerso nel Metaverso per fuggire dalla realtà fisica⁵⁶.

Ed è dunque ragionevole ipotizzare che l'impiego massiccio delle piattaforme dovute all'avvento del Metaverso implichi un maggiore intervento delle regole giuridiche, soprattutto nel mondo digitale/virtuale⁵⁷.

Può apparire affascinante e, in certi versi, strutturalmente comodo vivere la propria vita personale e commerciale condotta digitalmente nel Metaverso⁵⁸, in parallelo con le nostre vite nel mondo fisico, senza curarsi delle multiformi occasioni in cui la capacità giuridica – quivi intesa nella suscettibilità di un soggetto ad essere titolare e creare diritti, doveri e obbligazioni - viene sollecitata per acquistare e scambiare beni, assistere a concerti, partecipare a eventi sociali e persino lavorare.

Tuttavia, lo spazio digitale assottiglia notevolmente la percezione fisica delle conseguenze del nostro vivere sociale e giuridico.

Descritto diversamente, l'utente, come detto in precedenza, dimostra molta disinvoltura nell'iterazione con lo spazio virtuale e questa leggerezza, dovuta spesso a distrazione, genera effetti giuridici, anche collaterali, enormi nel Metaverso.

Nel Metaverso l'autodeterminazione, e di conseguenza il consenso, si declina in modo diverso.

Essi vivono, intanto, in maniera effimera per tale intendendosi la circostanza per cui vi è superfetazione di intenzioni, di motivazioni, di interazioni.

Tutto ciò che si fa nel Metaverso viene “*registrato*”, “*trattato*”, “*raccolto*” e ciò che in passato era una semplice conversazione nell'ambiente del Metaverso diventa dato che infinitamente viene aggiornato e sostituito e, dunque, diviene “*effimero*”.

⁵⁴ Z. ALLAM, A. SHARIFI, S. E. BIBRI, D. S. JONES, J. KROGSTIE, *The Metaverse as a Virtual Form of Smart Cities: Opportunities and Challenges for Environmental, Economic, and Social Sustainability*, in *Urban Futures*, in *Smart Cities*, V, 2022, p.771–801.

⁵⁵ Z. ALLAM, A. SHARIFI, S. E. BIBRI, D. S. JONES, J. KROGSTIE, *op. cit.*, p. 788.

⁵⁶ D. I. D. HAN, Y. BERGS, N. MOORHOUSE, *Virtual reality consumer experience escapes: preparing for the metaverse*, in *Springer Nature*, 2022.

⁵⁷ N. SUZOR, *The Role of the Rule of Law in Virtual Communities*, in *Berkeley Technology Law Journal*, XXV, n. 4, 2010, p. 1817-1886.

⁵⁸ Z. ALLAM, A. SHARIFI, S. E. BIBRI, D. S. JONES, J. KROGSTIE, *op. cit.*, p. 789.

L'esperienza nel Metaverso è “*immersiva*” e ciò potrebbe indurre a ritenere valido un “*consenso generalizzato*”⁵⁹.

Per esempio, nel Metaverso si potrebbero raccogliere informazioni sulle risposte fisiologiche degli individui, sui loro movimenti e persino sui modelli di onde cerebrali, il che probabilmente si tradurrà in una previsione del comportamento più accurata e una modellazione ancora più precisa tanto che gli utenti non dovranno più fornire in modo proattivo dati personali perché verranno raccolti automaticamente di *default*.

Il Metaverso è decontestualizzato e parallelo allo spazio fisico di riferimento per cui vi potrebbe essere un disallineamento tra le regole territorialmente applicabili alla realtà fisica piuttosto che a quella digitale che nel contempo viene utilizzata dall'utente.

Insomma, si può delineare uno scenario difficile da gestire con le classiche forme di legiferazione.

È vero, infatti, ed è logico effetto e vero nocciolo della questione che, allo stato attuale, non si hanno gli strumenti per scongiurare quelle forme di abuso e manipolazione che aumentano proporzionalmente con il progresso tecnologico.

Viepiù, sotto altro versante, ulteriore elemento di pericolo concerne il coinvolgimento di fornitori privati nella fase di progettazione algoritmica dalla quale può discendere la non trasparenza dell'azione pubblica, la perdita di potere oltre che l'affievolimento di responsabilità degli stessi funzionari pubblici⁶⁰.

Infatti, nel momento in cui vengono ceduti la *governance* e lo sviluppo dell'algoritmo a fornitori privati di fatto si abdica alla politica decisionale⁶¹ incorporata nei *software* e negli algoritmi impiegati in *asset* strategici quali sono il settore dei trasporti, la mobilità pubblica e privata, specie se digitalizzata.

Di conseguenza, si deve considerare che gli strumenti legislativi non devono essere relegati a meri esercizi linguistici a suffragio dei giuristi ma devono sospingere l'attività sociale come se fossero veri e propri strumenti “*fisici*”⁶² per essere posti, poi, alla base delle scelte economiche.

Viceversa, sinora e negli esempi sviscerati, il consenso (quale concetto giuridico) è stato sovrautilizzato per ragioni prettamente economiche e non certo per questioni a carattere sociale e di tutela giuridica.

Per tali ragioni, dunque, dovrebbe essere invertito l'attuale *trend* per cui attualmente l'economia detta ed ispira le norme giuridiche, dal momento che i dati (sia personali che non) sono a tutti gli effetti beni con valore economico di cui il potere pubblico e democratico si devono riappropriare, anche nella mobilità digitale.

⁵⁹ Una volta fatto l'accesso alla piattaforma, potenzialmente il consenso prestato inizialmente potrebbe essere valido per ogni interazione svolta nella medesima piattaforma.

⁶⁰ P. DE GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *op. cit.*, p. 80.

⁶¹ P. DE GIOIA CARABELLESE, C. DELLA GIUSTINA, *op. cit.*, p. 80.

⁶² N. RICHARDS, W. HARTZOG, *op. cit.*, p. 1502.

Note a sentenza

Sui limiti estrinseci della responsabilità da contatto sociale qualificato nella determinazione del risarcimento dei danni patrimoniali *

Francesco Ferrara

Dottorando presso l'Università degli studi di Roma "Tor Vergata"

Abstract

About the extrinsic limits of the responsibility for a qualified social contact in determining the compensation for patrimonial damages.

The right of passengers to obtain the pecuniary compensation envisaged by the EU Reg. 2004/261/UE against a defaulting air carrier cannot concern the liability, as a qualified social contact, of a public Office that have no powers to allow the legitimate expectations of citizens and the consequent rise of protection obligations by the Public Administration. The lack of a suitable regulatory graft prevents the taking root of a responsibility as a qualified social contact.

Keywords: Patrimonial damages; Reg. UE 2004/261/UE; qualified social contact; art. 1173 c.c.; Public Administration responsibility.

Sommario — 1. Analisi del caso— 2. Sulla teoria del contatto sociale qualificato — 3. Brevi considerazioni conclusive.

1. Analisi del caso

La vicenda prende le mosse da un giudizio promosso dagli istanti avverso Air Horizon Ltd., con sede a Malta, al fine di vedersi riconoscere i diritti di compensazione pecuniaria previsti dal regolamento (CE) 2004/261/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione e assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (CEE) 295/91/CEE (GUUE L46/1).

* Sottoposto a referaggio.

Il Giudice di Pace di Catania ha riconosciuto – con sentenza passata in giudicato – la sussistenza delle ragioni degli attori, i quali, pur adoperando ogni azione per la notifica del titolo esecutivo al convenuto vettore aereo, non hanno ottenuto alcunché.

In ultima istanza, i predetti passeggeri hanno richiesto l'intervento di ENAC affinché responsabilizzasse la compagnia aerea (operante anche in Italia) rispetto alle conseguenze dell'intervenuta pronuncia, ciò in ragione del ruolo dell'Ente nel settore dell'aviazione civile¹.

I passeggeri, non ottenendo soddisfazione rispetto alle proprie istanze risarcitorie, hanno così chiesto che venisse accertata giudizialmente la responsabilità di ENAC, attraendo la stessa nella categoria del contatto sociale qualificato², quale configurazione archetipa di quella serie di obblighi e diritti scaturenti tra soggetti a cui si riconosce natura contrattuale anche in assenza di un atto negoziale.

¹ L'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC) è stato istituito con d.lgs. 25 luglio 1997 n. 250 e il relativo statuto è stato approvato con d.m. 3 giugno 1999. ENAC è un "ente pubblico non economico dotato di autonomia regolamentare, organizzativa, amministrativa, patrimoniale, contabile e finanziaria" e "sottoposto all'indirizzo, vigilanza e controllo del Ministro dei trasporti e della navigazione" (art. 1 d.lgs. n. 250/1997); esso "nel rispetto dei poteri di indirizzo del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, nonché fatte salve le competenze specifiche degli altri enti aeronautici, agisce come unica autorità di regolazione tecnica, certificazione, vigilanza e controllo nel settore dell'aviazione civile, mediante le proprie strutture centrali e periferiche, e cura la presenza e l'applicazione di sistemi di qualità aeronautica rispondenti ai regolamenti comunitari" (art. 687 cod. nav.). Cfr.: E. FRENI, *L'istituzione dell'Ente nazionale per l'aviazione civile*, in *Giorn. dir. amm.*, IV, 1998, p. 305 ss.; G. MASTANDREA, *Costituzione e prospettive dell'Ente nazionale per l'aviazione civile*, in *Diritto e pratica dell'aviazione civile*, I, 1998, p. 17 ss.; S. MAGNOSI, *Il nuovo assetto organizzativo dell'Ente nazionale per l'aviazione civile*, in *Riv. dir. nav.*, 2010, p. 313 ss.; D. BOCCHESI, *Possibili evoluzioni della veste giuridica dell'ENAC. Parte II: l'ENAC come agenzia amministrativa*, in APAC (a cura di), *Prospettive per un governo dell'aviazione civile in Italia*, Napoli, 2011, p. 107 ss.; G. MARCHIAFAVA, *Possibili evoluzioni della veste giuridica dell'ENAC. Parte I: L'ENAC come autorità amministrativa indipendente*, in APAC (a cura di), *Prospettive per un governo dell'aviazione civile in Italia*, cit., p. 75 ss.

² La ricostruzione in argomento è stata elaborata dalla dottrina tedesca degli anni 40' del Novecento, che l'ha ricompresa nei "rapporti contrattuali di fatto" (*Faktische Vertragsverhältnisse*), la dottrina italiana ne ha tratto una tipologia di responsabilità contrattuale derivante dalla violazione di obblighi di protezione e diligenza anche in assenza di un atto negoziale, una formulazione accolta dalla giurisprudenza dapprima per le sue applicazioni in ambito di responsabilità sanitaria, successivamente estesa anche ad altre fattispecie rispondenti al medesimo schema. Per la dottrina tedesca v. C. W. CANARIS, *Schutzgesetze-Verkehrspflichten Schutzpflichten*, in *Festschrift für Karl Larenz*, München, 1983, p. 27 ss., trad. it. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*, A. DI MAJO, M. R. MARELLA (a cura di), in *Riv. dir. priv.*, 1983, III-IV, p. 802 ss.; G. HAUPT, *Über Faktische Vertragsverhältnisse*, in *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für F. Siber*, II, Leipzig, 1943, p. 2 ss.; R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, in *Jherings Jahrbucher*, IV, 1861, trad. it. *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, F. PROCCHI (a cura di), Napoli, 2005; H. KRESS, *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, p. 578 ss.; K. LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, I, *Allgemeiner Teil*, München, 1987, p. 106 ss.; H. STAUB, *Die positiven Vertragsverletzungen*, Berlin, 1904, p. 93 ss.; H. STOLL, *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen*, *Archiv für die civilistische Praxis*, 136, 1932, p. 278 ss.; H. DÖLLE, *Außergesetzliche Schutzpflichten*, in *Die Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1943. Per la dottrina italiana si rinvia a C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, in *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milano, 1995, p. 147 ss.; ID., *La nuova responsabilità civile*, Milano, 2006, p. 443 ss.; ID., *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*, in *Eur. dir. priv.*, 2009, III, p. 679 ss.; C. ANGELICI, *Rapporti contrattuali di fatto*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXV, 1991, p. 8; V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in *Rass. Dir. civ.*, 1981, p. 668 ss.; P. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965.

L'Ente convenuto ha contestato la sussistenza del contatto sociale qualificato con i passeggeri, muovendo dalla considerazione per cui, anche se avesse irrogato sanzioni al vettore aereo, ENAC non avrebbe potuto fare ricorso a poteri coercitivi, in quanto non attribuitigli; dunque, gli attori non possono lamentarne il mancato esercizio, da cui l'Ente farebbe discendere il mancato radicarsi della propria responsabilità.

La Corte ha ritenuto non sussistente il contatto sociale qualificato tra ENAC e passeggeri, poiché risulterebbe assente una relazione giuridica astrattamente idonea a fondare la responsabilità dell'Ente convenuto.

2. Sulla teoria del contatto sociale qualificato

In Italia la teoria del contatto sociale qualificato prende le mosse dalla nota ricostruzione dottrinale³ per cui, ancor prima del sorgere di una obbligazione, nascerebbero in capo al contraente degli "obblighi di protezione", il cui mancato adempimento configurerebbe la responsabilità di cui all'art. 1218 c.c.

La fonte di questi obblighi è di natura relazionale, poiché riposa sull'affidamento tra soggetti legati – proprio in virtù del "contatto" instaurato – da particolari doveri di diligenza e correttezza, che possono considerarsi autonomi rispetto alla eventuale prestazione, in modo da poter preesistere o sopravvivere alla stessa.

Questa peculiare caratteristica permette alle obbligazioni in argomento di non doversi inverare necessariamente in un contratto, trovando la propria fonte direttamente nel sistema, tendenzialmente aperto ed elastico, delineato dall'art. 1173 c.c.⁴; dunque, seguendo questa impostazione, è possibile riquilibrare taluni rapporti sociali, non contrattualizzati, in altrettante fattispecie obbligatorie, come fatto dalla giurisprudenza dapprima in materia di responsabilità sanitaria⁵, poi con altri rapporti rispondenti al medesimo schema⁶.

³ C. CASTRONOVO, *L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto*, cit, p. 1 ss. In particolare, si richiama la ricostruzione della dottrina tedesca secondo cui il rapporto obbligatorio sarebbe costituito da *Leistungspflichten* e *Verhaltenspflichten*, ossia da obblighi di prestazione cui si affiancano doveri di comportamento. Sul punto v.: ID., voce *Obblighi di protezione*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Roma, 1990, p. 1 ss.

⁴ La norma in argomento, con il riferimento agli altri fatti o atti idonei a produrre obbligazioni in conformità con l'ordinamento giuridico, introdurrebbe una terza categoria di c.d. fonti atipiche. Sul punto cfr.: M. GIORGIANNI, voce *Obbligazione (diritto privato)*, in *Novis. Dig. it.*, XI, Torino, 1956, p. 605 ss.; P. RESCIGNO, voce *Obbligazioni (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 163 ss.; C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da P. RESCIGNO, IX, Torino, 1984, p. 25 ss.; A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale, Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, Bologna-Roma, 1988, p. 168 ss.; U. BRECCIA, *Le obbligazioni*, in *Trattato di dir. priv.*, a cura di G. LUDICA, P. ZATTI, Milano, 1991, p. 109 ss.; A. CHIANALE, voce *Obbligazione*, in *Dig. disc. priv.*, XII, Torino, 1995, p. 339 ss. Su posizioni critiche rispetto alla presunta atipicità delle fonti delineata dall'art. 1173 c.c.; L. LAMBO, *Obblighi di protezione*, Padova, 2007, p. 342 ss.

⁵ In Italia, essa costituisce un essenziale addentellato per la costruzione di un'autonoma figura di responsabilità ex art. 1173 c.c., in cui la fonte dell'obbligazione è proprio il rapporto contrattuale di fatto che si instaura tra personale sanitario e paziente, ossia il contatto sociale qualificato, che si inverte in una responsabilità contrattuale, in virtù dell'obbligo di protezione (anche in assenza di prestazione) che grava sul medico in ragione della sua professione e ne connota, per ciò stesso, la posizione rispetto al paziente. Per una fondamentale pronuncia in questo senso v.: Corte Cass., 22 gennaio 1999 n. 589, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3332 ss. In dottrina, *ex multis*: A. FIORI, E. D'ALOJA, *La responsabilità professionale dei medici dipendenti dal Servizio Sanitario Nazionale dopo la sentenza della Cassazione civile n. 589 del 1999 detta del "contatto sociale". Trentadue anni dopo il fatto il medico apprende che la sua*

La Corte, prendendo le mosse da questo percorso di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, richiama i requisiti affinché un contatto sociale possa definirsi qualificato, ossia che i soggetti coinvolti siano determinati, che il contatto sia volontariamente instaurato tra le parti e, infine, che il contatto produca delle obbligazioni di protezione reciproche, in virtù del principio di buona fede e della rilevanza giuridica del bene tutelato.

La valorizzazione di questi indici discretivi e le premesse teoriche poste hanno consentito di utilizzare la teoria del contatto sociale qualificato anche nei rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadini; infatti, l'inadeguatezza dell'art. 2043 c.c. nell'accogliere la complessità della responsabilità civile della PA si era resa manifesta in virtù della evoluzione economico-sociale dei rapporti giuridici e del rinnovato carattere partecipativo⁷ del procedimento che il legislatore cominciava a delineare con la l. n. 241/1990⁸.

Questa "rivoluzione copernicana" non trova, invero, argomenti nel solo ragionevole affidamento che i cittadini possono riporre nell'operato della PA, ma negli stessi principi, di rango costituzionale, di buon andamento, efficacia, efficienza ed economicità di cui all'art. 97 Cost.; infatti, secondo autorevole dottrina, essi potrebbero ritenersi espressivi di obblighi e doveri che, in una certa misura, appaiono di maggior spessore rispetto a quelli di correttezza e buona fede *ex artt.* 1337 e 1338 cc., da cui mutua la ricostruzione dell'obbligazione senza prestazione⁹.

Seguendo questo ordine di idee, occorre anche considerare come gli articoli civilistici in parola presentino un legame essenziale con il concetto di trattativa, invece il

responsabilità non extracontrattuale, bensì contrattuale: con le relative conseguenze, in *Riv. it. Medicina legale*, 2001, p. 831 ss.; P. GIROLAMI, *La responsabilità contrattuale (o da contatto) del medico dipendente. Alcune considerazioni alla luce della sentenza della Cassazione civile 22 gennaio 1999 n. 589*, in *Riv. it. medicina legale*, 2001, p. 311 ss.; A. THIENE, *La Cassazione ammette la configurabilità di un rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2000, I, p. 343 ss.; M. FORZIATI, *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il "contatto sociale" conquista la Cassazione*, in *Resp. civ. e prev.*, 1999, p. 661 ss.; E. GUERINONI, *Obbligazione da "contatto sociale" e responsabilità contrattuale nei confronti del terzo*, in *Contratti*, 1999, p. 1007 ss.; A. DI MAJO, *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, in *Corr. Giur.*, 1996, p. 446 ss.; V. CARBONE, *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*, in *Danno e resp.*, 1999, p. 299 ss.; A. LANOTTE, *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?*, in *Foro it.*, 1999, p. 3338 ss.

⁶ *Ex multis*: Corte Cass., 6 marzo 1999 n. 1925, in *Foro it.*, 2000, I, p. 2299 ss.; Corte Cass., 23 ottobre 2002 n. 14934, con nota di R. BARBANERA, *La responsabilità da contatto sociale approda anche tra i notai*, in *Nuova Giur. comm.*, 2004, I, p. 116 ss.; Corte Cass., Sez. Un., 23 marzo 2005 n. 6216, in *Mass. Foro it.*, 2005; Corte Cass., Sez. Un., 26 giugno 2007 n. 14712, in *Corr. Giur.*, 2007, p. 1710; Trib. Sulmona, 16 aprile 2013, con nota di F. AJELLO, *Note critiche sulla responsabilità da contatto sociale dell'organo di un partito politico*, in *Resp. civ. e Prev.*, II, 2014, p. 628 ss. Per una ricognizione delle varie ipotesi di utilizzazione giurisprudenziale v.: A. ZACCARIA, *Der aufhaltsame Aufstieg des sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del "contatto sociale")*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, I, p. 92 ss.

⁷ Per evidenziare la stretta relazione tra attività della PA e cittadino si è anche scritto di «amministrazione partecipata», sul punto v.: F. G. SCOCA, *Autorità e consenso*, in *Atti del XLVII Convegno di Studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, 2002, p. 47 ss.

⁸ Per un'analisi dell'evoluzione del rapporto tra PA e privati si rinvia a: F. PATRONI GRIFFI, *Procedimento amministrativo e responsabilizzazione dei poteri pubblici: a vent'anni dalla legge n. 241/1990*, in *Corr. Giur.*, 2011, III, p. 301 ss.

⁹ Per un'acuta analisi che evidenzia come i doveri di protezione possono divenire un'inutile e snaturante superfetazione di quelli previsti nei rapporti pubblicistici v.: L. GAROFALO, *La responsabilità dell'amministrazione: per l'autonomia degli schemi ricostruttivi*, in *Dir. Amm.*, I, 2005, p. 1 ss.

procedimento amministrativo precede questa relazione, pur flebile, propria dell'autonomia privata, in virtù delle norme pubblicistiche che ne informano l'attività, ancor prima che essa si estrinsechi nei rapporti con il cittadino; dunque, la PA può dirsi tenuta a un più generale obbligo di protezione¹⁰ verso i soggetti amministrati, tale da potersi definire "contatto procedimentale"¹¹.

Il Giudice di Pace richiama, così, l'autorevole orientamento a sezioni unite della Suprema Corte per cui è risarcibile il danno da lesione dell'affidamento ingenerato nel privato da parte della PA, anche prescindendo dall'esercizio di un potere, in quanto l'azione della stessa può configurarsi quale autonomamente causativa del danno in capo al cittadino per violazione dei doveri di buona fede e correttezza¹².

Il contatto procedimentale, ricostruito nella teoria del contatto sociale qualificato, impone così alla PA un preciso onere di diligenza rispetto al corretto sviluppo del procedimento e alla sua legittima conclusione, potendosi configurare, in caso contrario, un'ipotesi di lesione degli obblighi di protezione verso il cittadino.

Nel merito, la Corte non rileva la sussistenza di tale contatto qualificato tra attori ed ENAC, in quanto l'Ente convenuto ha poteri sanzionatori e non coercitivi nei confronti del vettore aereo condannato al pagamento; così, anche nel caso fosse stato emesso un provvedimento sanzionatorio nei confronti della compagnia aerea, i passeggeri non avrebbero potuto da ciò far derivare una responsabilità dell'Ente per la mancata esecuzione del pagamento nei loro confronti.

3. Brevi considerazioni conclusive

La decisione in commento consente di svolgere una sorta di *actio finium regundorum* sui limiti estrinseci del contatto sociale quale elemento della responsabilità civile della Pubblica Amministrazione; infatti, se è indubbio che si assiste a un processo evolutivo

¹⁰ Sul punto si rinvia alle considerazioni di C. CASTRONOVO, *La responsabilità civile in Italia al passaggio del millennio*, in *Europa e dir. priv.*, 2003, p. 123 ss.

¹¹ Per la tesi del "contatto amministrativo", avuto riguardo all'onere probatorio, per la giurisprudenza amministrativa v. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 6 agosto 2001 n. 4239, in *Urb. e App.*, 2001, p. 1211 ss., con nota di M. PASSONI, *Responsabilità per "contatto" e risarcimento per lesioni di interessi legittimi*. La Corte di Cassazione, precisando i paradigmi interpretativi esposti nella fondamentale sentenza a Sezioni Unite n. 500/1999, ha aderito alla tesi in parola, cfr.: Corte Cass., 10 gennaio 2003 n. 157, in *Foro it.*, 2003, I, p. 78 ss., con nota di F. FRACCHIA, *Risarcimento del danno causato da attività provvedimentale dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*. Sulla sentenza 500/1999, *ex multis*: Corte Cass., sez. un., 22 luglio 1999 n. 500, in *Foro it.*, I, 1999, p. 2487 ss., con note di R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; F. FRACCHIA, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*; A. ROMANO, *sono risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?*; E. SCODITTI, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*; in *Giur. cost.*, 1999, p. 3217 ss., con nota di F. SATTÀ, *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, e *ivi*, p. 4045, con note di F.G. COCCA, *Per un'amministrazione responsabile*; G. AZZARITI, *La risarcibilità degli interessi legittimi tra interpretazioni giurisprudenziali e interventi legislativi. Un commento alla sentenza n. 500 del 1999 della Corte di cassazione*.

¹² Corte Cass., sez. un., ordinanza 28 aprile 2020 n. 8236, in *Urb. App.*, VI, 2020, p. 794 ss., con nota di V. NERI, *La tutela dell'affidamento spetta sempre alla giurisdizione del giudice ordinario?*; in www.giustizia-amministrativa.it, 2020, con nota di G. TULUMELLO, *Le Sezioni unite e il danno da affidamento procedimentale: la "resistibile ascesa" del contatto sociale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, V, 2020, p. 1160 ss. con nota di C. SCOGNAMIGLIO, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*.

nei rapporti tra Pubblica Amministrazione e cittadino tale da rendere la teoria della responsabilità da contatto sociale qualificato un saldo approdo ricostruttivo¹³, lo schema generale entro cui riconoscere doveri di protezione e corrispondente affidamento del privato verso l'operato della PA necessita di essere precisato.

In questo senso, può condividersi il rilievo critico secondo cui il contatto sociale – preso di per sé – non può fondare un rapporto obbligatorio senza un fondamento normativo sufficiente a far rientrare il fatto o l'atto in oggetto in quelli da cui, *ex art. 1173 c.c.*, possono derivare obbligazioni in conformità con l'ordinamento giuridico; dunque, la presenza di un "punto di innesto normativo dell'affidamento" è l'essenziale riferimento per l'interprete al fine di individuare ipotesi di responsabilità derivanti dall'averlo disatteso¹⁴.

Le conclusioni della Corte trovano coerente argomento proprio nell'impossibilità di fondare un'ipotesi di responsabilità in capo a ENAC, in quanto le doglianze degli attori – che attingono alla coscienza sociale – non possono superare i richiamati limiti istituzionali dell'Ente.

L'impossibilità di sussumere la fattispecie in oggetto entro lo schema del contatto sociale qualificato trova, infine, indiretta conferma nella forma delle doglianze indirizzate dai passeggeri a ENAC, che non assumono la veste del reclamo, bensì della generica richiesta di collaborazione al fine di superare le difficoltà incontrate nel recuperare le somme dovute. La richiesta attività di consulenza, non rientrando nei compiti istituzionali dell'Ente, può restare disattesa senza importare, per la mancanza del rammentato fondamento normativo, l'incardinarsi di una responsabilità da contatto sociale.

¹³ Sul punto cfr.: C. CASTRONOVO, *La "civilizzazione" della pubblica amministrazione*, in *Europa dir. priv.*, 2013, III, p. 637 ss.; A. IULIANI, *La responsabilità civile della pubblica amministrazione: alcune riflessioni attorno all'interesse legittimo dalla prospettiva dei rimedi*, in *Contratto e impr.*, 2016, IV-V, p. 1196 ss.

¹⁴ Per queste considerazioni v. C. SCOGNAMIGLIO, *Il contatto sociale qualificato (ri)approda in Cassazione*, cit., p. 1160 ss., anche in *Id.*, *Ingiustizia del danno, contatto sociale, funzioni del risarcimento (Saggi sulla responsabilità di diritto civile)*, Torino, 2021, p. 173 ss. (in particolare pp. 183-189).

Note a sentenza

Competenza nel Trasporto Pubblico Locale. Una questione di *modus*? *

Paolo Sabra Piazza

Avvocato del libero foro; dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche nell'Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma

Abstract

Competence in Local Public Transport. A question of modus?

The note relates to a conflict of jurisdiction between territorial entities – the Municipality and the Province – in relation to the suppression of a bus stop. The issue involves aspects of legitimacy and coordination between various regulatory levels, national, regional and aspects of regulatory definition as well as issues of regulatory specialty.

Parole chiave: trasporto pubblico locale, competenza, fermata bus, soppressione, norma speciale.

Sommario — 1. Il fatto — 2. I motivi del ricorso — 3. Il quadro normativo — 4. La *lex specialis* in materia di TPL — 5. Una questione di *modus*: *Specialis* ma uniforme — 6. *Segue. Specialis* ma con cooperazione — 7. Conclusioni.

1. Il fatto

La sentenza in commento¹ ha per oggetto l'impugnazione di un'ordinanza del Sindaco di Mattinata in provincia di Foggia da parte della società gestore del servizio pubblico di trasporto in Puglia (Co.Tr.A.P. – Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi). L'ordinanza aveva ad oggetto la soppressione di talune “fermate autobus” istituite lungo il tratto stradale della locale “Via del Mare” alla località “Tor di Lupo”, gestite dalle società SITA e Ferrovie del Gargano, limitatamente al periodo dal 1° giugno al 30 settembre di ciascun anno.

Le predette linee collegano le aree dell'entroterra foggiano con quelle della costa e, nello specifico, con le strutture balneari presenti presso il Comune di Mattinata, senza entrare nella cittadina. Tutte le linee tranne una (la Vieste-Pugnochiuso-Mattinata) sono

* Sottoposto a referaggio.

¹ Tar Puglia, Bari, sez. II, sentenza 29 giugno 2022 n. 241.

esercitate unicamente nel periodo estivo (da giugno a settembre), stante la finalità perseguita di trasportare gli utenti nelle località balneari della Provincia di Foggia.

L'ordinanza comunale impugnata ha soppresso, previa "declassificazione" del tratto di strada da provinciale a comunale, per il periodo estivo tutte le fermate praticate dalle linee collocate sul litorale chiamato "Via del Mare", imponendo la sosta nel centro del Comune e prevedendo che sarebbe spettato all'autobus del servizio di trasporto pubblico locale urbano gestito da "Trombetta Viaggi s.r.l." trasportare gli utenti ai lidi.

In realtà da come descritto il fatto nella sentenza non è chiaro che cosa si intendesse dire con "declassificazione" in quanto questo, l'atto di "declassificazione", sarebbe stato un distinto motivo di illegittimità per incompetenza. Tale motivo di illegittimità, stante la lettura della sentenza, non appare sollevato. Mi riferisco ovviamente non alla competenza a sopprimere una fermata bus, oggetto del contenzioso in commento, bensì alla competenza a classificare le strade.

In sostanza appare di capire che con l'eliminazione della fermata oggetto di causa il bus si fermerebbe al centro cittadino e da lì il Comune servirebbe il trasporto con un gestore locale.

L'ordinanza aveva come dichiarato fine quello di migliorare la viabilità per l'intenso traffico veicolare, a causa dei numerosi turisti e bagnanti, con frequenti situazioni di sosta irregolare ed episodici intralci alla circolazione, per via della carreggiata della strada comunale "Via del Mare" che, in alcuni punti, si restringe.

2. I motivi del ricorso

Benché i ricorrenti si affidano a tre principali motivi di ricorso, gli stessi sono riconducibili, per identità di *ratio*, ad un unico e assorbente motivo: violazione delle leggi che presiedono la competenza in materia di trasporto pubblico locale.

Per completezza espositiva si segnala che le norme asseritamene violate sono le seguenti: l'art. 4 d.lgs. 19 novembre 1997 n. 422 che concerne le competenze dello Stato nel trasporto pubblico regionale e locale; l'art. 3 commi 2 e 3 della legge regionale Puglia 31 ottobre 2002 n. 18 che disciplina la ripartizione delle competenze. Il ricorrente asserisce anche la violazione degli artt. 5 e 11, comma 4, del contratto di servizio sottoscritto tra la Provincia di Foggia e Cotrap. L'art. 5 riguarda gli obblighi dell'impresa mentre l'art. 11 rubricato "*Flessibilità del programma di esercizio*" al comma 4 prevede che le modifiche della regolare erogazione del servizio l'ente affidante si impegna ad informare l'impresa almeno 72 ore prima, nonché eccesso di potere per sviamento e arbitrarietà manifesta.

Altra norma asseritamene violata è l'art. 23 l.r. 18/2002 che riguarda i compiti degli enti affidanti, e in ultimo la violazione dell'art. 157 Codice della strada (d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285) – art. 352 Regolamento di esecuzione al Codice stesso.

Si censurava anche il comportamento del Comune il quale, secondo i ricorrenti prima e i giudici dopo, ha agito in violazione della suddetta normativa applicando erroneamente la normativa per eccesso di potere per sviamento, carenza di istruttoria, illogicità manifesta, disparità di trattamento e ingiustizia manifesta.

Il Tar nella sentenza in commento accoglie il ricorso perché ritiene che l'ordinanza sindacale impugnata abbia inciso sulla gestione del servizio pubblico di trasporto extraurbano provinciale.

La sentenza rileva interesse anche perché nella parte motiva ci aiuta a ricostruire il tessuto normativo che disciplina l'ordinamento giuridico del trasporto pubblico locale e rappresenta un utile esercizio esegetico in questa "speciale" disciplina.

3. Il quadro normativo

La sentenza in commento non ricostruisce il quadro europeo di riferimento sicuramente per esigenze contingenti. In questa sede, senza pretesa di esaustività giova ricordare che il Trattato di Lisbona ha dedicato al settore dei trasporti (che rientra nella competenza concorrente, ex art. 4, § 2, lett. g, Trattato sul Funzionamento dell'UE) l'intero Titolo VI, prevedendone una politica comune (art. 90, TFUE). Sin dagli anni '60 questa materia è stata inoltre disciplinata da diversi regolamenti comunitari². Lo stato dell'arte è radicalmente mutato con il regolamento n. 1370/2007 del 23 ottobre 2007³.

A livello nazionale i servizi di trasporto pubblico locale (TPL) di persone rinvergono la propria disciplina nella legge 10 aprile 1981 n. 151 recante la "*Legge quadro per l'ordinamento, la ristrutturazione ed il potenziamento dei trasporti pubblici locali*" che ha stabilito i principi fondamentali ai quali le regioni devono attenersi nell'esercizio delle potestà legislative e di programmazione, in materia di trasporti pubblici locali, a seguito degli artt. 84, 85, 86 del d.P.R. 24 luglio 1977 n. 616⁴. Prima di allora, le problematiche che di volta in volta si presentavano nel settore del TPL, erano di fatto affrontate con misure "tampone". La legge del 1981, realizzata con l'intento di ristrutturare e potenziare il servizio del trasporto pubblico locale, oltre a istituire l'apposito fondo nazionale per il ripiano dei disavanzi di esercizio, conteneva disposizioni relative al trasferimento di competenze ai legislatori regionali, fissando i principi fondamentali cui questi dovevano attenersi nelle attività di programmazione, ripiano dei disavanzi e gestione del servizio. La legge introduceva, inoltre, il tema della determinazione dei costi standard per il calcolo dei contributi pubblici al fine di contrastare la pratica, in uso fino a quel momento, del ripiano a piè di lista dei disavanzi delle aziende⁵.

Inevitabilmente i giudici richiamano la riforma Bassanini ovvero la legge 15 marzo 1997 n. 59 che ha previsto la delega al Governo per il conferimento di funzioni e

² Regolamento (CEE) n. 1191/69 del Consiglio, del 26 giugno 1969, relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile; Regolamento (CEE) n. 1893/91 del Consiglio del 20 giugno 1991 che modifica il regolamento (CEE) n. 1191/69 relativo all'azione degli Stati membri in materia di obblighi inerenti alla nozione di servizio pubblico nel settore dei trasporti per ferrovia, su strada e per via navigabile.

³ Regolamento (CE) n. 1370/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai servizi pubblici di trasporto di passeggeri su strada e per ferrovia e che abroga i regolamenti del Consiglio (CEE) n. 1191/69 e (CEE) n. 1107/70 (GU L315/1). Per un approfondimento sul diritto dell'UE in riferimento alla Trasporto pubblico locale cfr: A. FICO *Il trasporto pubblico nell'UE: diritti, mercato e politiche di sviluppo dell'Europa che verrà* in *Federalismi.it*, n. 7/2015 e ivi bibliografia citata; D. SCICOLONE, *La politica comune dei trasporti: il punto della situazione*, in *Riv. amm. Rep. it.*, 2005, fasc. 5, p. 541; D. GALLO, *I servizi di interesse economico generale – Stato, mercato e Welfare nel diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2010.

⁴ Per un'evoluzione storica della disciplina in esame, cfr. S. BUSTI, *Profilo storico della disciplina del trasporto pubblico locale*, in *Dir. trasp.*, n. 2, 2011, p. 461 ss.

⁵ F. TUZI, *La condizione del Trasporto pubblico locale in Italia: un concorso di responsabilità tra stato, regioni ed enti locali*, in *Riv. econ. pol. trasp.*, n. 3, 2016.

compiti alle regioni ed enti locali, per la riforma della pubblica amministrazione e per la semplificazione amministrativa.

Attualmente, la disciplina più specifica, in attuazione degli artt. 1 e 3 e dei commi 3 e 4, lett. a) e b), dell'art. 4 legge 15 marzo 1997 n. 59, è contenuta nel d.lgs. 19 novembre 1997 n. 422⁶, “*Conferimento alle regioni ed agli enti locali di funzioni e compiti in materia di trasporto pubblico locale*” che, all'art. 1, comma 2, definisce i servizi pubblici di trasporto pubblico.

In base poi all'art. 7, comma 1, del d.lgs. n. 442/1997 è previsto che le regioni, in conformità ai propri ordinamenti, conferiscono alle province, ai comuni e agli altri enti locali tutte le funzioni e i compiti regionali in materia di trasporto pubblico locale, che non richiedono l'unitario esercizio a livello regionale.

Sulle novità introdotte dal d.lgs n. 442/97 la dottrina in prima lettura osservò⁷ che “*risulta un quadro in cui la regione, superando l'attuale pluralità di soggetti decisori e di gestori di risorse, assume il ruolo di unico soggetto regolatore, in condizione di operare su un comparto unitario nel quale sono aggregati tutti i modi di trasporto; un soggetto cui è affidata piena potestà programmatica insieme alla relativa responsabilità di provvedere alla copertura dei costi. Un regolatore non isolato, poiché è previsto che operi con il contributo e con il consenso degli enti locali territoriali, oltre che delle forze sociali e delle associazioni dei consumatori*”.

Dando uno sguardo alla copertura costituzionale si rammenta che il comma 3 dell'art. 117 della Costituzione fa esplicito riferimento solo alle grandi reti di trasporto e di navigazione. Non essendoci altri riferimenti al trasporto pubblico locale, ciò comporta che tale materia ricada nell'ambito delle competenze residuali regionali⁸. La sentenza 8 giugno 2005 n. 222 della Corte costituzionale lascia poi pochi dubbi sulla circostanza che la materia del TPL faccia parte delle competenze residuali delle regioni.

Il TPL è anche soggetto alle disposizioni previste dalla disciplina generale in materia di servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete contenute nel d.l. 13 agosto 2011 n. 138, art. 3-*bis*.

In sintesi, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano devono definire il perimetro degli ambiti o bacini territoriali ottimali (ATO) all'interno dei quali deve essere organizzato lo svolgimento dei servizi pubblici locali di interesse economico generale a rete. Contestualmente, per ciascun ATO deve essere istituito o designato il relativo ente di governo (EGATO). Secondo tali norme, gli ATO devono avere dimensioni almeno provinciali. Estensioni inferiori devono essere giustificate in base ai principi di proporzionalità, adeguatezza ed efficienza, nonché in base a criteri di differenziazione territoriale e socio-economica.

Gli enti locali ricadenti in ciascun ATO hanno l'obbligo di aderire al corrispondente EGATO, che rappresenta l'unico soggetto all'interno del quale vengono esercitate le funzioni di organizzazione dei servizi, di scelta della forma di gestione, di

⁶ Per un approfondimento sulla normativa citata cfr: N. RANGONE, *I trasporti pubblici di linea*, in *Trattato amministrativo. Parte speciale*, a cura di S. CASSESE, Milano, 2003, p. 2272 ss.; A. CLARONI, *La regolamentazione del trasporto pubblico locale in Italia*, in S. ZUNARELLI (a cura di), *Il diritto del Mercato del Trasporto*, in *Trattato di dir. comm. dir. pubb. Economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 2008, p. 141 ss.

⁷ L. CICI, *La riforma del trasporto pubblico locale*, in *Gior. dir. amm.*, 1998, p. 289.

⁸ L. MAGNIFICO, *Stato, Regione o Autorità di regolazione alla guida del trasporto pubblico locale?*, in *Osservatorio dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti*, dicembre 2013.

determinazione delle tariffe all'utenza (per quanto di competenza), di affidamento e controllo della gestione⁹.

Di rilievo per l'organizzazione del servizio è l'art. 48 del decreto legge 24 aprile 2017 n. 50 che ribadisce l'obbligo per le Regioni di determinare i bacini di mobilità del trasporto pubblico regionale e locale e i relativi enti di governo. Tali bacini devono ricomprendere un'utenza minima di 350.000 abitanti. Dimensioni inferiori sono ammissibili solo se il bacino coincide con il territorio di una provincia o di una città metropolitana.

La gestione dei servizi di trasporto pubblico locale può essere affidata secondo una delle modalità previste per i servizi pubblici locali di rilevanza economica. Le regole specifiche per il TPL, soprattutto sull'organizzazione della gara, sono stabilite dal Regolamento (CE) n. 1370/2007 e dal d.lgs. n. 422/1997.

Le funzioni di regolazione e controllo per i servizi di trasporto pubblico regionale e locale sono attribuite all'Autorità di Regolazione dei Trasporti (ART), istituita dall'art. 37 del decreto legge 6 dicembre 2011 n. 201. Sono compiti dell'Autorità: garantire l'efficienza produttiva delle gestioni, il contenimento dei costi e condizioni di accesso eque e non discriminatorie alle infrastrutture; definire, se necessario, i criteri per fissare le tariffe verificandone la corretta applicazione; stabilire le condizioni minime di qualità dei servizi di trasporto connotati da oneri di servizio pubblico, individuate secondo caratteristiche territoriali di domanda e offerta; definire il contenuto minimo degli specifici diritti degli utenti; delineare gli schemi dei bandi delle gare per l'assegnazione dei servizi di trasporto in esclusiva e delle convenzioni, da inserire nei capitolati delle medesime gare¹⁰.

4. La *lex specialis* in materia di TPL

In attuazione del quadro normativo appena esposto, la Regione Puglia ha regolato il settore del trasporto pubblico locale, con la legge regionale 31 ottobre 2002 n. 18 "*Testo unico sulla disciplina del trasporto pubblico locale*", nell'ambito della quale sono ripartite le competenze dei vari enti.

Da questo momento in poi si articola il ragionamento dei giudici del Tar. A dirimere la controversia sarà, come vedremo nel proseguo, la normativa regionale in quanto legge speciale in materia di trasporto pubblico locale.

In sintesi e in relazione agli argomenti della presente trattazione si rileva che l'art. 3 della l.r. n. 18/2002, disciplina il riparto di competenza. I Comuni, le Province e le Città metropolitane esercitano le funzioni di programmazione e di amministrazione, con esclusione di quelle che richiedono l'esercizio unitario a livello regionale dei servizi di trasporto pubblico automobilistici, tranviari e filoviari compresi nei propri ambiti territoriali. La Regione esercita le funzioni di programmazione e di amministrazione dei servizi di trasporto pubblico locale, con qualsiasi modalità esercitati, non attribuiti agli

⁹ Per un approfondimento sugli assetti degli ATO, la *Governance*, e altri approfondimenti su Rifiuti, Acqua e Trasporto pubblico locale si rinvia a: <https://reopenspl.invitalia.it/>.

¹⁰ Per approfondimenti, si veda P. BILANCIA, *Autorità amministrative indipendenti tra Europa, Stato e Regioni*, in *Quad. cost.*, n. 1, 2003, p. 149 ss.; G. SIRIANI, A. VALASTRO, *Autorità indipendenti di regolazione e regioni*, in www.astridonline.it; A. CARDONE, *Autorità indipendenti, tutela della concorrenza e leale collaborazione: troppi automatismi a danno dell'autonomia? (nota a Corte Cost., sent. 41 del 2013)*, in www.forumcostituzionale.it; C. SERI, *L'Autorità dei trasporti nel quadro delle competenze regionali*, in *Gior. dir. amm.*, n. 8/9, 2013.

enti locali ai sensi dei commi 1 e 2 e non dichiarati di interesse nazionale ai sensi dell'articolo 3 del d.lgs. n. 422/1997, nonché altri compiti elencati nella normativa.

L'art. 23, rubricato "Compiti degli enti affidanti", verrà trattato più avanti in quanto elemento ermeneutico della questione giuridica sottesa.

Per completezza andrebbe anche richiamata la legge regionale 23 giugno 2008 n. 16, recante "*Principi, indirizzi e linee di intervento in materia di Piano Regionale dei Trasporto*", e la legge regionale 20 agosto 2012 n. 24 su "*Rafforzamento delle pubbliche funzioni nell'organizzazione e nel governo dei Servizi pubblici locali*".

La l.r. n. 24/2012 regola e organizza, in conformità con i principi definiti dalla disciplina dell'Unione europea e in attuazione della disciplina statale, lo svolgimento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica e segnatamente dei servizi di raccolta e smaltimento dei rifiuti e i servizi di trasporto pubblico locale prevedendo che i servizi siano organizzati ed erogati all'interno di Ambiti territoriali ottimali (ATO) al fine di consentire economie di scala e di differenziazione idonee a massimizzare l'efficienza del servizio e che la programmazione e l'organizzazione dei servizi pubblici locali sia riservata all'Organo di governo d'ambito, nel rispetto delle prerogative assegnate alla Regione dalla legislazione statale.

All'articolo 2, la l.r. n. 24/2012 ha previsto che, per il settore dei servizi di trasporto pubblico locale, gli ATO sono delimitati nel piano regionale adottato ai sensi della legislazione di settore, sentita l'Autorità.

L'ATO ha estensione non inferiore a quella provinciale. La Regione, con il medesimo piano regionale, può individuare ambiti di estensione diversa, più ampia o più ridotta rispetto al territorio provinciale, qualora ciò si renda necessario per motivate esigenze di differenziazione territoriale e socio-economica nel rispetto dei principi di differenziazione, adeguatezza ed efficienza rispetto alle caratteristiche del servizio; oppure, qualora ne facciano richiesta più comuni, sulla base dei medesimi criteri e principi.

Solo per completezza espositiva sulla materia del trasporto pubblico locale a livello regionale vanno segnalati:

- legge regionale 2 novembre 2017 n. 41, Istituzione Agenzia Regionale strategica per lo sviluppo ecosostenibile del territorio (ASSET) che ha preso il posto della soppressa Agenzia Regionale per la Mobilità nella regione Puglia (AREM). L'agenzia ha personalità giuridica e autonomia organizzativa, finanziaria, gestionale e contabile. È un organismo tecnico operativo a supporto della Regione per la definizione e la gestione, tra l'altro, delle politiche per la mobilità.

- Il Piano attuativo del PRT 2015-2019 è stato approvato con Deliberazione di Giunta Regionale n. 598/2016;

- Il Piano Triennale dei Servizi 2015-2017 adottato con Deliberazione di Giunta Regionale n. 598/2016; Deliberazione di Giunta Regionale del 23 marzo 2010 n. 865, adozione dei servizi minimi di TPRL.

- Deliberazione di Giunta Regionale del 29 maggio 2018 n. 903, linee di indirizzo agli Enti Locali per l'adozione di misure di emergenza ex art. 5, comma 5 Regolamento (CE) 1370/2007 volte ad evitare l'interruzione del servizio nelle more dell'espletamento delle procedure finalizzate all'individuazione del nuovo soggetto affidatario.

5. Una questione di *modus*: *Specialis* ma uniforme

In apertura del ragionamento viene posta l'attenzione sull'art. 3, comma 2, della l.r. n. 18/2002, il quale prevede che le province esercitino le funzioni di programmazione e di amministrazione (con esclusione di quelle che richiedono l'esercizio unitario a livello regionale) dei servizi di trasporto pubblico automobilistici *et similia* ricompresi nei propri ambiti territoriali. Ancora, quest'articolo non è sufficiente per sciogliere il nodo della competenza sulla fermata oggetto del contenzioso.

La sentenza, per arrivare alla conclusione, si sofferma anche sulla specialità, rispetto al d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 Codice della strada, delle definizioni contenute nella legge regionale.

La difesa del comune probabilmente si è basata sul fatto che l'art. 2, comma 6, d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 (c.d. Codice della Strada) distingue le “*strade extraurbane*” in: “C – Provinciali” e “D – Comunali”. Il Tar ha considerato tale distinzione posta in essere per altri scopi. Trattasi infatti di classificazioni operanti per ben diverse esigenze amministrative, che non rilevano nel caso di specie.

I giudici rilevano poi che v'è ontologica distinzione tra “*strada comunale*” e “*strada urbana*” inerendo il primo concetto al territorio più vasto comunale e il secondo all'*urbe*, in senso più stretto, ossia all'abitato urbano o cittadino.

Correttamente i giudici stabiliscono che nel caso che impegna, il Co.Tr.A.P. è stato individuato soggetto gestore dei *servizi extraurbani, provinciali, a carattere interurbano*, della Provincia di Foggia, a seguito di aggiudicazione di una gara pubblica, il cui contratto di servizio perdura e sul quale ha inteso incidere l'ordinanza impugnata *ex abrupto*.

Ma il soggetto gestore è competente anche a stabilire le fermate? Ovvero ha la possibilità di emanare un atto amministrativo che stabilisca la fermata? E se sì in quale territorio? Extraurbano o urbano? Va osservato il territorio – urbe o extra urbe – o il tipo di linea?

La sentenza in commento cerca di rispondere a questo quesito.

Il vero campo di battaglia sulla soluzione interpretativa è l'art. 23 della legge regionale rubricato “*Compiti degli enti affidanti*” e più precisamente la lettera c) del comma 1.

Secondo i giudici dunque dirimente è la disposizione dell'art. 23, comma 1, lett. c), della legge reg. n. 18/2002, che prevede che spetti all'ente competente l'affidamento dei servizi di trasporto pubblico locale (e, dunque, nel caso di specie, alla Provincia di Foggia), dovendo provvedere “*ai fini della sicurezza e della regolarità del servizio, dell'idoneità dei percorsi stradali e dell'ubicazione delle fermate*”.

Secondo i giudici non vale a radicare alcuna competenza in capo al Comune quanto previsto all'ultima parte dell'art. 23, comma 1, lett. c), cit. legge reg., laddove viene previsto che per “*i percorsi e le fermate nei centri urbani*” la competenza appartiene allo specifico fine ai comuni interessati (che ne danno comunicazione all'ente affidante), in quanto il servizio di linea in questione è provinciale e “*interurbano*” (e non già “*urbano*”) in quanto collega i comuni interni della provincia di Foggia con le spiagge del Comune di Mattinata (FG).

In realtà, la normativa, in quest'ultimo periodo, non parla di percorso urbano o interurbano ma di percorsi e fermate nei centri urbani. In questo caso riconosce la competenza ai Comuni interessati.

Soffermiamoci brevemente su alcune questioni definitorie prime di procedere a qualche riflessione.

L'art. 2, comma 3, l.r. n. 18/2002 definisce “*linea*” l’unità elementare di T.P.R.L. individuata: *a)* dai centri serviti; *b)* dal percorso; *c)* dal programma di esercizio; *d)* dalla finalità della domanda di trasporto in prevalenza soddisfatta.

I giudici osservano che l’art. 2, comma 7, punto 1 distingue i servizi automobilistici, in relazione alle caratteristiche dell’ambiente in cui si svolgono e della domanda di mobilità, in: “*a) urbani*, se si svolgono nell’ambito di centri urbani senza soluzione di continuità abitativa e con frequenti fermate; [...] *c) interurbani*, se collegano più centri con percorsi senza frequenti fermate”.

Orbene se si osserva l’intero servizio automobilistico probabilmente si può concordare con le conclusioni dei giudici e classificarlo *interurbano*. Ma se, come pare di capire dalla lettura della sentenza, il tratto interessato, “Via del Mare” che a noi risulta strada Comunale, collega la cittadina con i lidi balneari ovvero il centro città con la propria spiaggia allora sembrerebbe che trattasi di percorso *urbano*.

In sentenza, poi, non si riporta la lettera *b)* relativa alla definizione dei servizi *suburbani* che sono tali se collegano più aggregati urbani con brevi percorsi e frequenti fermate.

Dunque, se non si concorda con la nostra riflessione in relazione alla classificazione di linea urbana, in riferimento alla linea oggetto del contenzioso, la stessa, potrebbe probabilmente rientrare nella categoria di *suburbana*.

Queste definizioni vengono repute dal collegio giudicante di natura speciale in materia di trasporto pubblico e nessuna rilevanza nella fattispecie concreta ha la classificazione delle strade operata, ai diversi fini di gestione, dalla *disciplina generale* contenuta nel Codice della strada, tra strade comunali e strade provinciali¹¹.

I giudici non prendono in considerazione invece il punto 2 dello stesso comma 7 articolo 2 della l.r. n. 18/2002. Quest’ultimo prevede che i servizi automobilistici si distinguono oltre che in relazione alle caratteristiche dell’ambiente – così come riportato dai giudici – anche in relazione all’ambito amministrativo. Secondo quest’ultimo ambito i servizi automobilistici si distinguono in: *a) comunali*, se collegano centri appartenenti allo stesso comune, anche con percorsi interessanti, senza fermate, territori di comuni limitrofi; *b) provinciali* o metropolitani, se collegano centri appartenenti alla stessa provincia o città metropolitana, anche con percorsi interessanti, senza fermate, territori di province o regioni finitime.

Verosimilmente, facendo riferimento a questa classificazione il servizio automobilistico potrebbe essere classificato in comunale in quanto servirebbe centri appartenenti allo stesso comune ovvero Mattinata – lidi.

Nella ricostruzione delle definizioni utilizzata dal legislatore regionale non aiuta a fare chiarezza l’art 10 della legge regionale n. 16/2008 “*Principi, indirizzi e linee di intervento in materia di piano regionale dei trasporti*”, il quale riporta una Classificazione tecnico-funzionale della viabilità di interesse regionale. Nello specifico prevede che il Piano Regionale Traporti, ai fini della classificazione funzionale delle strade appartenenti alla viabilità di interesse regionale, adotta i seguenti tipi definiti dall’articolo 2 del Codice della Strada (decreto legislativo 30 aprile 1992 n. 285 e successive modificazioni):

- a) autostrade (tipo A);

¹¹ L’art. 2, comma 6, d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 distingue le “*strade extraurbane*” in: “C – Provinciali” e “D – Comunali” per altri scopi. Trattasi infatti di classificazioni operanti per ben diverse esigenze amministrative, che non rilevano nel caso di specie.

- b) strade extraurbane principali (tipo B);
- c) strade extraurbane secondarie (tipo C);
- d) strade urbane di scorrimento (tipo D);
- e) strade locali (extraurbane) (tipo F).

Intanto si consideri che questa classificazione corrisponde a quella prevista dall'art 2 comma 2 del d.lgs. 30 aprile 1992 n. 285 (Codice della Strada).

Questo per rilevare che in una materia così particolare e speciale in cui l'intervento principale è quello del legislatore regionale sarebbe auspicabile l'utilizzo di una terminologia uniforme.

Passiamo adesso ad analizzare un altro aspetto critico della decisione in commento.

Come affermato nella parte narrativa della sentenza la linea interessata dalla fermata soppressa *“collegano le aree dell'entroterra foggiano con quelle della costa e, nello specifico, con le strutture balneari presenti presso il Comune di Mattinata, senza entrare nella cittadina”*.

Il servizio di linea in questione viene definito dai giudici provinciale e *“interurbano”* (e non già *“urbano”*). Compete, pertanto, unicamente alla Provincia di Foggia, nell'ambito dei poteri di propria competenza, non soltanto istituire o sopprime le linee di trasporto pubblico locale, ma anche stabilirne il percorso e le fermate, la lunghezza in chilometri, nonché autorizzare e vigilare sulla corretta esecuzione del servizio.

Questa soluzione seppur condivisibile in linea generale rileva qualche perplessità.

In realtà, il Tar sembra riconoscere, in questo modo, una competenza generale alla Provincia in riferimento alla linea interurbana come appena definita.

Invece, dal tenore della legge – art. 23, comma 1, lett. c), della legge reg. n. 18/2002 – sembrerebbe però che la competenza, dell'ente affidante, sia subordinata *“ai fini della sicurezza e della regolarità del servizio”*. Dunque, saremmo di fronte ad una competenza condizionata o speciale – ai fini della sicurezza e della regolarità del servizio – e non già generale. Invece la competenza nei centri urbani sembrerebbe, da come descritto nella sentenza, di natura ontologica e generale non subordinata nemmeno al tipo di linea servita. Viene trascurato l'ultimo periodo della norma in commento: *“Per i percorsi e le fermate nei centri urbani il predetto riconoscimento è attribuito alla competenza dei Comuni interessati, che ne danno comunicazione all'ente affidante”*.

Quest'ultima parla di percorsi e fermate nei centri urbani. Non sembra specificare il tipo di percorso sia esso urbano o interurbano o provinciale.

Si aggiunga a tal proposito a quanto evidenziato sopra ovvero che il servizio automobilistico potrebbe essere classificato Comunale in quanto servirebbe centri appartenenti allo stesso comune.

Dalla lettura della sentenza sembrerebbe anche che i giudici, nonostante definiscano in modo diverso la strada comunale da quella urbana, finiscano poi per far coincidere tali nozioni.

Vi è di più, la lettera b) l'art. 2, comma 7, punto 1 della l.r. n. 18/2002 – non considerata in sentenza – riporta anche la definizione di *suburbano* che sono tali se collegano più aggregati urbani con brevi percorsi e frequenti fermate.

In realtà il percorso sarebbe potuto essere classificato urbano o meglio ancora suburbano anche in considerazione di quanto affermato in sentenza sulla descrizione della linea: *“Le predette linee collegano le aree dell'entroterra foggiano con quelle della costa e, nello specifico, con le strutture balneari presenti presso il Comune di Mattinata, senza entrare*

nella cittadina. Tutte le linee tranne una (la Vieste- Pugnochiuso-Mattinata) sono esercitate unicamente nel periodo estivo (da giugno a settembre), stante la finalità perseguita di trasportare gli utenti nelle località balneari della Provincia di Foggia". Siamo di fronte a una navetta che collega più aggregati urbani con brevi percorsi e frequenti fermate piuttosto che centri appartenenti alla stessa provincia o città metropolitana, anche con percorsi interessanti, senza fermate, territori di province o regioni limitime. Chiaramente quest'ultimo – che rappresenta la definizione di “provinciale” prevista dal punto 2 comma 7 articolo 2 l.r. n. 18/2002 – è una generalizzazione di quello che viene specificato nella definizione di urbani.

Ma come previsto dalla lettera c) dell'art. 2, comma 7, punto 1 si definiscono percorsi *interurbani*, se collegano più centri con percorsi senza frequenti fermate. Questa definizione, che poi è quella che utilizzano i giudici nella sentenza in commento e fa ricadere la competenza in capo alla Provincia, si distanzia dalla descrizione della linea come descritta nella fattispecie in commento.

La questione rimane complessa anche perché, se da un lato siamo di fronte ad una normativa regionale di carattere speciale dall'altro questa non può esimersi dal coordinarsi con la normativa generale e nazionale soprattutto da un punto di vista delle definizioni e classificazioni.

6. *Segue. Specialis ma con cooperazione*

La questione trattata, anche se la possiamo annoverare fra i conflitti di competenza di non facile risoluzione vista la normativa accennata, sicuramente rappresenta una ipotesi in cui la cooperazione fra gli enti preposti, soprattutto in fase di programmazione, non si è svolta in modo armonico.

In realtà a nostro avviso quello che il Comune stava per porre in essere è inquadrabile nel c.d. “servizio aggiuntivo”. In linea generale i servizi aggiuntivi sono offerti dall'Ente proponente al fine di migliorare la capacità attrattiva del trasporto pubblico e di favorire ulteriormente la mobilità dei cittadini. Questi servizi sono programmati e finanziati con risorse del suddetto Ente proponente. Devono comunque essere coordinati con gli altri servizi minimi programmati.

Le uniche limitazioni legislative che si riscontrano nel d.lgs. n. 422/1997 e nelle leggi regionali sono che tali servizi devono essere compatibili con la rete dei servizi minimi, che per il loro affidamento è necessario stipulare contratti di servizio e che la relativa responsabilità finanziaria è in capo ai soggetti che li istituiscono.

Questa opzione normativa cerca di contemperare due esigenze fondamentali: quella delle Regioni di permettere una visione ampia della programmazione e organizzazione del servizio di trasporto e quella dei Comuni di potersi autodeterminare.

Si ricorda, infatti, che l'articolo 14 del d.l. 31 maggio 2010 n. 78, convertito con modificazioni, dalla l. 30 luglio 2010 n. 122, come sostituito, dall'art. 19, comma 1, del d.l. 6 luglio 2012 n. 95, convertito con modificazioni dalla l. 7 agosto 2012 n. 135, ha previsto tra le funzioni fondamentali dei comuni l'organizzazione dei servizi pubblici di interesse generale di ambito comunale, ivi compresi i servizi di trasporto pubblico comunale. Chiaramente questa discrezionalità attribuita agli enti locali non può certo trasformarsi in arbitrio. Nella sentenza in commento probabilmente, più che un problema di competenza si è sfiorato il limite dell'arbitrio e della leale cooperazione fra enti.

In sintesi i servizi “aggiuntivi”, sono pur sempre servizi “programmati”, per cui negli strumenti di pianificazione e programmazione di bacino e comunali, e nei rispettivi procedimenti per la loro adozione, la discrezionalità deve essere consumata entro i predetti limiti programmatori.

Come affermato in giurisprudenza¹², la concreta individuazione del “servizio aggiuntivo” dovrà rispondere ai criteri di necessità, proporzionalità ed effettività dell’esistenza dell’interesse generale.

7. Conclusioni

Si propongono a tal proposito i seguenti ulteriori spunti di riflessione rispetto a quelli accennati nel corpo della presente nota, che ci fanno porre il quesito se la competenza a stabilire le fermate nei centri urbani, oltre ad essere una questione di *modus* come sopra rilevato, spetti al Comune anche al di là della tipologia del percorso.

Giova a questo punto fare un rinvio al titolo III della legge regionale n. 18/2002 e più precisamente all’art. 12 il quale prevede che i piani urbani del traffico, adottati dai Comuni ai sensi dell’articolo 36 del d.lgs. n. 285/1992, sono definiti nel seguente modo: I PUT studiano la mobilità urbana nell’ambito comunale e intercomunale (previa intesa con i relativi enti), sia passeggeri sia merci, e individuano misure di carattere normativo e organizzativo della mobilità ai fini della sicurezza della circolazione, della fluidificazione del traffico, del risparmio energetico, della minimizzazione dell’impatto ambientale, della integrazione modale con i servizi di trasporto collettivo e del miglioramento della qualità dell’offerta complessiva di trasporto nel breve periodo.

Ma a creare perplessità sulla competenza tra comuni e provincie è il comma 4 dello stesso articolo che recita: I Comuni di cui al comma 1 trasmettono preventivamente il PUT e gli eventuali Piani della mobilità alla Regione e alla Provincia competente che ne verificano la rispondenza alla propria programmazione esprimendo parere non vincolante nel termine di quarantacinque giorni, decorso il quale si prescinde dal parere.

Sembra dunque che in ambito comunale e intercomunale i comuni abbiano una competenza programmatica in relazione ai PUT.

Si ponga anche attenzione al titolo VI “disciplina tariffaria” della l.r. n. 18/2002 la competenza tariffaria, nei rispettivi ambiti, tocca alla regione e ai Comuni. Sono escluse le provincie?

Un altro principio ermeneutico da seguire nella risoluzione della questione in commento riguarda il ruolo che i Comuni hanno assunto nel nostro ordinamento. Mi riferisco in particolare al riconoscimento della piena autonomia agli enti locali e la conseguente attribuzione ad essi di funzioni che ab origine appartenevano allo Stato, e che ha trovato compiuta definizione con la legge costituzionale n. 3/2001, che ha modificato integralmente il titolo V, Parte II della Cost., dedicato a Regioni, Province e Comuni. Gli aspetti della riforma introdotta dalla citata legge n. 3/2001 ai quali mi riferisco sono rappresentati dall’art. 114 Cost., che vede ribaltata l’elencazione degli enti territoriali evidenziando la radice territoriale del Comune il quale, in base al principio di sussidiarietà, è l’ente locale più vicino ai cittadini; l’autonomia goduta dagli enti elencati nel nuovo art. 114 è piena, poiché trova un limite invalicabile solo nei principi fissati dalla Costituzione e ancora la legge 5 giugno 2003 n. 131 (c.d. Legge La Loggia) recante “*Disposizioni per*

¹² Tribunale UE, sez. III ampliata, sentenza 12 febbraio 2008, T-289/03, *BUPA e a. / Commissione*.

l'adeguamento dell'ordinamento della Repubblica alla legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3". I lineamenti della riforma di cui alla legge n. 131/2003 che incidono sulla disciplina degli enti locali sono rappresentati dall'art. 4 con il quale viene ribadita la potestà normativa di Comuni, Province, Città metropolitane, nonché unioni di Comuni e Comunità montane ed isolate, esplicitandosi in potestà statutaria e regolamentare.

Un altro aspetto *de iure contendo* da tenere a mente è rappresentato dal fatto che, anche se la legge regionale sul TPL è speciale rispetto al Codice della strada, questo non esclude la necessità, in questo particolare settore, di uniformare le definizioni e il "linguaggio"

In ultimo mi sia consentito di rilevare che la sentenza è degna di nota anche perché ha affermato che l'ordinanza sindacale si palesa inficiata da endemica irragionevolezza, nella misura in cui la soppressione della fermata di "Via del Mare" impone la sosta dei viaggiatori, che, provenienti dalla provincia, intendano recarsi verso le spiagge di Mattinata (FG), nel centro del predetto comune, dovendo poi gli stessi servirsi di un diverso mezzo posto a disposizione dal servizio di trasporto locale urbano per raggiungere i lidi, anche con aggravio di costi per dover pagare ulteriore biglietto. [...] *Ergo*, conclude il Consesso pugliese, l'ordinanza impugnata si palesa viziata da eccesso di potere per intrinseca irragionevolezza, poiché in sostanza non diminuisce in alcun modo il traffico, semmai lo amplifica, per la preannunciata maggior frequenza degli autobus comunali in transito, peraltro omettendo di realizzare le (elementari) sopra richiamate sistemazioni stradali previste dal Codice della strada.

Dunque, non si esclude che il principio dell'economia circolare e della sostenibilità ambientale, protagonista dell'agenda politica attuale e recentemente costituzionalizzato¹³ come principio costituzionale, non assurga a criterio di legittimità e guida nei giudizi giurisprudenziali.

¹³ In data 8 febbraio 2022 sono state approvate le modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione, che introducono la tutela dell'ambiente, della biodiversità e degli animali tra i principi fondamentali della Carta costituzionale. Nella Gazzetta Ufficiale n. 44 del 22 febbraio è stata pubblicata la legge costituzionale 11 febbraio 2022 n. 1, recante "Modifiche agli articoli 9 e 41 della Costituzione in materia di tutela dell'ambiente".

Note a sentenza

I limiti all'autonomia collettiva in materia di determinazione della base di calcolo della retribuzione feriale *

Vincenzo Finocchiaro

*LLM Candidate at the Dickson Poon School of Law
Laureando in Giurisprudenza presso LUISS Guido Carli*

Abstract

The limits to the autonomy of the social partners in the determination of the composition of holiday pay.

This article aims to analyze a recent Corte di Cassazione case concerning the autonomy of the social partners in the determination of the composition of the remuneration due during the annual paid leave. A clause of the national collective agreement of the air transport sector that excluded from the composition of the remuneration the variable supplementary payments which are linked to the time spent flying was declared null by the Tribunale di Civitavecchia. The Court upholds the declaration of nullity in relation to the minimum period required by art. 7 of the Directive 2000/79/CE and overturns the decision of the lower Court regarding the days of annual paid leave that go beyond the minimum requirements laid down in that Directive, and therefore are governed by Italian law. The decision clarifies that the limits to collective bargaining vary depending on the law applicable: respectively, on one side, Art. 3 directive 2000/79/CE; and, on the other side, Art. 36, par. 3 of the Italian Constitution and Art. 2109 of the Italian codice civile.

Key words: Annual paid leave, composition of the remuneration, variable supplementary payments, Art. 3 directive 2000/79/CE, Art. 36, par. 3 Italian Constitution.

Sommario — 1. Premessa — 2. La fattispecie sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione — 3. L'indennità integrativa di volo — 4. La retribuzione dovuta nei primi ventotto giorni — 5. La retribuzione feriale oltre il periodo minimo richiesto dal diritto dell'Unione Europea — 6. Conclusioni.

1. Premessa

La Corte di Cassazione, con la decisione qui in rassegna¹, affronta il tema della base di calcolo della retribuzione da corrispondere durante le ferie al personale navigante.

* Sottoposto a referaggio.

L'autonomia della contrattazione collettiva in passato poteva ritenersi pacifica, data l'assenza di fonti legali volte a prescrivere quali componenti dovevano, a pena di nullità, essere incluse nella base del compiuto della retribuzione feriale. Tuttavia, alle fonti di disciplina dell'istituto delle ferie, il legislatore europeo ha aggiunto un ulteriore strato, rappresentato dalla direttiva 2003/88/CE e dalla direttiva 2000/79/CE.

In un sistema di fonti multilivello, come è quello euro-italiano, la contrattazione collettiva è tenuta ad osservare il diritto dell'Unione europea, come interpretato dalla Corte di Giustizia.

La Corte di Cassazione chiarisce i limiti che l'autonomia collettiva incontra nella determinazione delle componenti da includere nel trattamento retributivo feriale.

2. La fattispecie sottoposta al vaglio della Corte di Cassazione

La sentenza in esame prende le mosse dalla domanda, proposta da un primo ufficiale di una nota compagnia aerea, volta ad ottenere la dichiarazione di nullità dell'art.10 del CCNL Trasporto Aereo - Sezione per il personale Navigante-Tecnico², con conseguente condanna della società resistente al pagamento dell'importo relativo all'indennità di volo, che, per effetto della disposizione censurata, era stata esclusa dal computo della retribuzione feriale. La compagnia aerea, soccombente nel giudizio di prima istanza, ha investito la Suprema Corte³, chiamata a pronunciarsi sulla validità della disposizione in esame. In particolare, per quel che interessa la presente disamina, l'art. 10 del già menzionato contratto collettivo stabilisce che: *“Il Personale Navigante-Tecnico ha diritto a ferie annuali nella misura di 30 giorni di calendario. Il già menzionato numero si incrementa di un giorno ogni cinque anni di servizio, sino ad un massimo di cinque giorni aggiuntivi. Durante il periodo di ferie la società corrisponde al Personale Navigante Tecnico la retribuzione composta da stipendio mensile e indennità minima garantita”*.

Dalla lettera della disposizione in esame risulta chiara la scelta delle parti sociali di includere, nella base di calcolo della retribuzione feriale, solo lo stipendio mensile e l'indennità minima garantita. Nessun riferimento, invece, alla componente retributiva costituita dall'indennità di volo integrativa, che, dunque, non rileva ai fini della determinazione della retribuzione feriale.

Nel giudizio di prime cure, il Tribunale di Civitavecchia ha ritenuto nulla la predetta clausola di esclusione, in quanto contrastante con due norme imperative: da un lato, con riferimento al periodo di ferie minimo riconosciuto dalla legge, con l'art. 4 del d.lgs. n. 185/2005 (attuativo della direttiva 2000/79 CE relativa all'Accordo sull'organizzazione dell'orario di lavoro del personale di volo dell'aviazione civile); dall'altro, per i giorni garantiti dalla contrattazione collettiva, con l'art. 36 Cost, in quanto la retribuzione feriale, in cui non viene inclusa l'indennità integrativa oraria, non è proporzionata alla quantità e alla qualità del lavoro svolto.

¹ Corte di Cassazione, sentenza 23 giugno 2022 n. 20216.

² Il CCNL ha efficacia dal 1° gennaio 2014 al 31 dicembre 2016.

³ La Corte si è pronunciata ex art. 420-bis cpc, ai sensi del quale *“quando per la definizione di una controversia di cui all'art. 409 è necessario risolvere in via pregiudiziale una questione concernente l'efficacia, la validità o l'interpretazione delle clausole di un contratto o accordo collettivo nazionale, il giudice decide con sentenza tale questione”*; *“la sentenza è impugnabile soltanto con ricorso immediato per cassazione da proporsi entro sessanta giorni dalla comunicazione dell'avviso di deposito della sentenza”*.

La Corte di Cassazione è dunque chiamata, nell'esercizio della propria funzione nomofilattica, a verificare l'esistenza e i limiti del principio dell'onnicomprendività della retribuzione ai fini della determinazione della base di calcolo della retribuzione da corrispondere durante i giorni di ferie previsti dalla legge e dalla contrattazione collettiva. La questione verrà risolta tenendo in considerazione il rapporto tra il diritto interno e il diritto dell'Unione, tra legge e contrattazione collettiva.

3. L'indennità di volo integrativa

L'art. 907 del codice della navigazione stabilisce che *“al personale di volo ed a quello che viene temporaneamente comandato a prestare servizio a bordo, oltre alla retribuzione pattuita, deve essere corrisposta un'indennità di volo nella misura stabilita dalle norme corporative e in mancanza dagli usi”*.

L'art. 26 del CCNL Trasporto Aereo - Sezione per il personale Navigante-Tecnico, applicabile *ratione temporis* alla controversia in esame, dà attuazione a quanto previsto dall'art. 907 cod. nav., fissando l'importo dell'indennità di volo e scindendola in due componenti.

La prima, denominata indennità di volo minima garantita, spetta, in ragione mensile, ai piloti, e il suo importo è modulato in base all'anzianità di servizio, della qualifica, dell'anno di riferimento⁴. La seguente indennità assorbe il controvalore di trenta ore di volo.

Per ciascuna ora di volo nel mese oltre le trenta ore trova applicazione la seconda tipologia di indennità di volo, denominata indennità di volo integrativa, il cui importo varia a seconda della qualifica e del numero di ore prestate⁵.

L'art. 10, che esclude l'indennità integrativa oraria dal calcolo della retribuzione feriale non garantisce, dunque, al lavoratore condizioni economiche paragonabili a quelle di cui gode quando presta la propria attività lavorativa.

La ragione di tale esclusione è da rinvenirsi nella natura delle indennità corrisposte ai prestatori di lavoro⁶. Quando la prestazione è caratterizzata da particolari oneri e responsabilità, i contratti collettivi⁷, al fine di compensare la maggiore penosità della prestazione effettuata, prevedono delle indennità. L'assenza degli oneri e delle responsabilità che ne giustificano la corresponsione determinano l'esclusione delle predette voci dalla base del computo della retribuzione da corrispondere nel periodo feriale. Ad esempio, i piloti non hanno la responsabilità dei passeggeri e del resto

⁴ A titolo esemplificativo, un dipendente, inquadrato con la qualifica di comandante, per le competenze dal mese di maggio 2015 ha diritto a un importo mensile pari a 2.950 euro di indennità di volo minima garantita.

⁵ Ad esempio, al comandante che ha prestato, in un dato mese, 80 ore di lavoro, spetta, in aggiunta allo stipendio base e all'indennità di volo minima garantita oraria, un importo pari a 3.540 euro.

⁶ Sulla natura delle indennità, si veda Corte di Cassazione, 4 febbraio 2016 n. 2212 a proposito dell'indennità di maneggio denaro; Corte di Cassazione, 10 maggio 1986 n. 3112 a proposito dell'indennità per il servizio all'estero; Corte di Cassazione, 16 novembre 2018 n. 29632 in merito all'indennità di turno.

⁷ Per quel che ci interessa, il CCNL, la cui clausola di esclusione è oggetto della controversia in esame, prevede l'indennità di volo minima garantita e l'indennità di volo integrativa (art. 26, sezione personale navigante; art. 23, sezione seconda, assistenti di volo); indennità di turno, indennità di campo, indennità di volo (art. 22, sezione terza personale di terra); indennità maneggio denaro (art. 23, sezione terza personale di terra).

dell'equipaggio; il personale che maneggia denaro per pagamenti e riscossioni non ha alcuna responsabilità della gestione di cassa⁸.

È inoltre assente alcuna fonte legale sulla determinazione e sui criteri di computo. L'art. 36, comma 3, Cost. prevede che *“il lavoratore ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite, e non può rinunziarvi”*. L'art. 2109 c.c. stabilisce che il prestatore di lavoro ha diritto *“dopo un anno d'ininterrotto servizio, ad un periodo annuale di ferie retribuito, possibilmente continuativo, nel tempo che l'imprenditore stabilisce, tenuto conto delle esigenze dell'impresa e degli interessi del prestatore di lavoro”*⁹. In assenza di fonti legali contenenti alcuna previsione sulla determinazione della base di calcolo e sui criteri di compito, la contrattazione collettiva ha svolto la funzione di individuare le varie voci retributive, escludendo – implicitamente o espressamente (come nel caso di specie) – le indennità che, in quanto finalizzate a compensare la maggiore penosità della prestazione, il datore di lavoro non è tenuto a corrispondere per il periodo in cui il lavoratore è esonerato dal prestare la propria attività¹⁰.

Tale ruolo della contrattazione collettiva è stato a lungo suffragato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione precedente alla sentenza in rassegna¹¹, che ha affermato l'insussistenza del c.d. principio di onnicomprensività della retribuzione ai fini della determinazione delle componenti che formano la base di calcolo degli istituti retributivi indiretti, quali appunto le ferie¹². Nei precedenti in cui la Corte si è occupata della retribuzione feriale, è stata ritenuta legittima l'esclusione delle indennità dalla base di

⁸ Corte di Cassazione, 5 settembre 2019, n. 22294: *“l'obbligo di accollarsi le eventuali differenze è idoneo a caratterizzare la funzione della specifica indennità, evidentemente prevista ed erogata in relazione al rischio di una tale possibilità (che la perdita riscontrata gravi finanziariamente sull'addetto alla cassa), che è connaturato a tale attività”*.

⁹ L'Italia è anche obbligata al rispetto della Convenzione dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, del 24 giugno 1970 n. 132, ratificata e resa esecutiva nel nostro ordinamento con la l. n. 157/1981. L'art.8 di tale convenzione prevede che *“a meno che non sia diversamente stabilito da accordi tra il datore di lavoro e la persona impiegata interessata, e a condizione che la durata del servizio di questa persona le dia diritto a un tale periodo di congedo, una delle frazioni di congedo dovrà corrispondere almeno a due settimane ininterrotte di lavoro”*. L'art. 9 aggiunge che *“la frazione minima di due settimane consecutive dovrà essere accordata ed usufruita entro il termine di un anno al massimo, e il resto del congedo annuale pagato entro il termine di diciotto mesi, al massimo, a partire dalla fine dell'anno che dà diritto al congedo”*.

¹⁰ Autorevole dottrina afferma che *“l'effettiva valenza economica della retribuzione è pur sempre determinata esclusivamente dall'autonomia collettiva, posto che solo a quest'ultima è affidato di stabilire l'ammontare delle singole voci retributive”*; e ancora, *“in assenza di una definizione legale della retribuzione minima, la circostanza che quella determinazione sia costantemente rimessa alle parti sindacali postula, di necessità che queste ultime siano libere di determinare anche le valenze e le incidenze di ogni singola componente della retribuzione rispetto a ogni altra componente di quest'ultima. Ritenere il contrario significherebbe snaturare il complesso equilibrio che di volta in volta e caso per caso, è realizzato dalla contrattazione collettiva”*: M. PERSIANI, *Il tramonto del principio dell'onnicomprendività della retribuzione e il problema dei poteri del giudice sulla contrattazione collettiva*, in *Giur.it.*, 1984, I, 1, p. 1560.

¹¹ Corte di Cassazione, sez. un., 13 febbraio 1984 n. 1069, 1071, 1073, 1075, 1081, in *Dir. lav.*, 1984, V, 2, p. 390, con nota di G. MARTINENGO, *Il computo della retribuzione tra fonti vere e fonti false nella giurisprudenza della Cassazione*; in *Giur.it.*, 1984, I, 1, p. 1557, con nota di M. PERSIANI, op. cit., p. 1557.; in *Riv. giur. lav.*, 1984, 3-4, p. 72 con nota di M. PETROCELLI, A. ZANELLO, *Per una prima guida alla lettura delle decisioni delle Sezioni Unite in materia di c.d. onnicomprensività della retribuzione*.

¹² Corte di Cassazione, 12 novembre 2018 n. 28937: *“in tema di retribuzione nel lavoro subordinato, ai fini della determinazione della base di calcolo degli istituti indiretti (tredicesima mensilità, ferie, festività, ex festività soppresse e permessi retribuiti), non vige nell'ordinamento un principio di onnicomprensività, sicché il compenso per lavoro straordinario va computato a tali fini, solo ove previsto da norme specifiche o dalla disciplina collettiva”*. Corte di Cassazione, 25 novembre 2015 n. 24107.

calcolo, in quanto è demandata alla contrattazione collettiva la scelta delle singole voci di cui si compone la retribuzione e i loro criteri di calcolo¹³. L'unico limite esterno all'autonomia della contrattazione collettiva è rappresentato dall'art. 36 Cost.¹⁴, che richiede che il trattamento spettante al lavoratore sia proporzionato *“alla quantità e alla qualità del suo lavoro e sufficiente ad assicurare a sé e alla propria famiglia un'esistenza libera e dignitosa”*¹⁵.

Dall'analisi dottrinale e giurisprudenziale fin qui effettuata è chiara l'insussistenza di ulteriori vincoli in capo alla contrattazione collettiva in sede di determinazione delle singole voci che concorrono a formare la base di calcolo degli istituti indiretti. Né la Costituzione né la Convenzione OIL n. 132/170¹⁶ né l'art. 2109 c.c. fissano le componenti da includere nella retribuzione feriale.

La legittimità dell'esclusione operata dalla contrattazione collettiva poteva essere considerata pacifica¹⁷ prima della direttiva 2000/79/CE, relativa all'attuazione dell'accordo europeo sull'organizzazione dell'orario di lavoro del personale di volo nell'aviazione civile, e della direttiva 2003/88/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro¹⁸.

In sede di determinazione della disciplina dell'orario di lavoro, la contrattazione collettiva è adesso tenuta a rispettare oltre alle fonti già analizzate, che riconoscono l'autonomia delle parti sociali nel determinare le singole componenti retributive, anche

¹³ In merito all'esclusione del compenso per lavoro notturno o straordinario, Corte di Cassazione, 15 gennaio 2013 n. 813: *“non esiste un principio generale ed inderogabile di onnicomprensività e, pertanto, nella quantificazione degli istituti indiretti il compenso per lavoro notturno o straordinario di turno può essere computato esclusivamente qualora ciò sia previsto da specifiche norme di legge o di contratto collettivo”*.

¹⁴ Sui problemi che un siffatto controllo può creare: *“mancando criteri oggettivi su cui i giudici possono esercitare il controllo di legittimità, quest'ultimo finisce, inevitabilmente, per essere un controllo di merito o, il che è lo stesso, quando il giudice finisce per farsi arbitro degli interessi, sovrapponendo le sue valutazioni soggettive a quelle delle parti sindacali”* M. PERSIANI, op. cit., p. 1561.

¹⁵ Corte costituzionale, sentenza 19 gennaio 1995 n. 15 in *Giur. cost.*, 1995, III, p. 2095 con nota di G. VERDE, *Leggi interpretative e bilanciamento di interessi*; Corte costituzionale, sentenza 18 aprile 1994 n. 164: in *Riv. it. dir. lav.*, 1995, II, p. 25, con nota di M. MARIANI; in *Giur. cost.*, 1994, III, p. 2292, con nota di F. PROIETTI, *L'indennità sostitutiva di mensa tra legge e contrattazione collettiva*; Corte costituzionale, sentenza 22 dicembre 1982 n. 227.

¹⁶ Corte di Cassazione, 22 novembre 2002 n. 16510, per cui la Convenzione OIL *“nel garantire al lavoratore in ferie «almeno la normale o media retribuzione» non ne impone una nozione onnicomprensiva (o comunque inderogabile), ma rinvia, per la determinazione della retribuzione garantita, agli ordinamenti nazionali”*.

¹⁷ L'unico precedente difforme risale al 1996 in una controversia che vide decine di lavoratori rivendicare la componente della maggiorazione per lavoro notturno sistematico e regolare ai fini della retribuzione feriale. In quell'occasione, la Corte affermò che *“la retribuzione dovuta al lavoratore subordinato durante il periodo di ferie annuali deve essere calcolata tenendo conto di tutto ciò che viene normalmente corrisposto al lavoratore stesso, conformemente alla ratio della disposizione di cui all'art. 36, III, e tenuto conto che, ove fosse riconosciuta alle parti la facoltà di determinare liberamente la retribuzione dovuta per le ferie, sarebbe a queste possibile mediante la fissazione di una retribuzione pressoché irrisoria, una osservanza solo apparente del precetto costituzionale e quindi la sua sostanziale elusione”*: Corte di Cassazione, 13 luglio 1996 n. 6372, in *Arg. dir. lav.*, con nota di M. MARAZZA, *Orientamenti giurisprudenziali in tema di maggiorazione per il lavoro notturno in turni e retribuzione per ferie*; in *Gius. civ.*, 1997, IV, p. 1050, con nota di C. POLLERA, *Incidenza sulla retribuzione del compenso per lavoro notturno*.

¹⁸ Si veda M. ROCCELLA, T. TREU, M. AIMO, D. IZZI, *Diritto del lavoro dell'Unione Europea*, Padova, 2019, p. 332; E. ALES, J. POPMA, *Occupational health and safety at work*, in T. JASPERS, F. PENNING, S. PETERS (eds.), *European labour law*, Intersentia, 2019, p. 477.

il diritto dell'Unione Europea, il quale – con l'unica eccezione dei controlimiti – si colloca all'apice della gerarchia delle fonti.

La Corte di Cassazione nella decisione in commento verifica la legittimità dell'esclusione dell'indennità integrativa di volo dalla retribuzione feriale, alla luce delle due direttive sull'orario di lavoro, come interpretate dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea.

La Corte di Cassazione giunge a conclusioni opposte con riferimento, rispettivamente alla retribuzione da corrispondere nei primi ventotto giorni di ferie e quella dovuta per la parte eccedente i ventotto giorni.

4. La retribuzione feriale nei primi ventotto giorni

L'impianto motivazionale della sentenza in rassegna muove dai presupposti individuati dalla Corte di Giustizia¹⁹, che si è già occupata dell'interpretazione delle due direttive.

L'assenza di una previsione esplicita circa le voci da includere nella base del computo della retribuzione feriale ha creato e continua a creare non pochi problemi interpretativi, che la Corte di Giustizia ha risolto in maniera vincolante per i giudici degli Stati membri.

In particolare, per ciò che concerne il settore aereo, l'art. 3 della direttiva 2000/78/CE si limita a prevedere che *“il personale di volo nell'aviazione civile ha diritto a ferie annuali retribuite di quattro settimane secondo le condizioni di ottenimento e di concessione previste dalla legislazioni e/o prassi nazionali”*²⁰. L'art. 7 direttiva 2003/88 ripropone alla lettera la previsione contenuta nell'art. 3 della direttiva 2000/78²¹.

Nella decisione in commento viene richiamato, in particolare, il precedente della Corte di Giustizia del 13 gennaio 2022²². In quell'occasione la Corte ha affermato che *“l'articolo 7, paragrafo 1 della direttiva 2003/88 riflette e precisa il diritto*

¹⁹ Sull'efficacia vincolante, diretta e prevalente delle sentenze della Corte di Giustizia sull'ordinamento nazionale: Corte costituzionale, sentenza 5 giugno 1984, n. 170, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1984, II, p. 263, con nota di G. SPERDUTI, *Una sentenza innovativa della Corte costituzionale sul diritto comunitario*; in *Foro it.*, 1984, IX, p. 2063, con nota di A. TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario: vent'anni dopo*.

²⁰ Il secondo paragrafo aggiunge che *“il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità finanziaria, salvo in caso di fine del rapporto di lavoro”*. Il diritto alle ferie annuali retribuite va dunque garantito indirettamente solo in presenza delle seguenti condizioni: a) la cessazione del rapporto di lavoro; b) il mancato godimento di tutte le ferie annuali a cui aveva diritto.

²¹ Circa il raccordo tra le due direttive, il considerando 14 della direttiva 2003/88/CE stabilisce che *“le norme specifiche da altri strumenti comunitari, per esempio in materia di riposo, orario di lavoro ferie annuali e lavoro notturno di alcune categorie di lavoratori, dovrebbero prevalere sulle disposizioni della presente direttiva”*. Tuttavia, poiché le disposizioni sono identiche, la giurisprudenza relativa all'art.7 della direttiva 2003/88/CE è applicabile anche all'art. 3 della direttiva 2000/78/CE. In tal senso, Corte di Giustizia UE, 15 settembre 2011, C-155/10, *Williams c/British Airways*: *“occorre rilevare che le direttive 2000/79 e 2003/88 perseguono il medesimo obiettivo di organizzare l'orario di lavoro per il bene della sicurezza e della salute dei lavoratori e che, dall'altro la formulazione dell'art. 3 dell'accordo europeo, in sostanza, è identica all'art. 7 della direttiva 2003/88. Se ne evince che, come rilevato dall'avvocato generale al paragrafo 43 delle conclusioni, i principi generali finora sviluppati dalla Corte in occasione dell'interpretazione di quest'ultima disposizione possono essere applicati all'art. 3 dell'accordo europeo”* (punto 16).

²² Corte di Giustizia UE, 13 gennaio 2022, C-514-20, *DS c/Koch*. L'intervento della Corte concerneva la legittimità di una disposizione di un contratto collettivo in base alla quale, per determinare se sia stata raggiunta la soglia di ore lavorate che dà diritto all'aumento per le ore straordinarie, le ore corrispondenti al periodo di ferie annuali retribuite prese dal lavoratore non vengono considerate come ore di lavoro prestate.

fondamentale a un periodo annuale di ferie retribuite, sancito dal paragrafo 2, della Carta. Infatti, mentre la seconda disposizione garantisce il diritto di ogni lavoratore a un periodo annuale di ferie retribuite, la prima disposizione attua questo principio fissando la durata di tale periodo” (punto 25, CGUE 514-20).

Sono molteplici i precedenti in cui la Corte di Giustizia si è occupata di chiarire la portata del trattamento retributivo sancito dall’art. 7 della direttiva²³.

Nella giurisprudenza della Corte di Giustizia il diritto alle ferie annuali ha una triplice finalità: in primis, consente al lavoratore di godere di un prolungato periodo di riposo dalle mansioni che disimpegna, in modo da ripristinare le proprie energie psicofisiche; inoltre, mette il lavoratore nelle condizioni di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione, affinché quest’ultimo possa partecipare alla vita familiare e sociale²⁴; in ultimo, tutela l’interesse del datore di lavoro ad un rafforzamento delle energie del lavoratore in modo che, al suo rientro, possa contribuire proficuamente al raggiungimento degli obiettivi dell’organizzazione in cui è inserito²⁵.

Proprio per queste ragioni, la Corte di Giustizia ha affermato: *“l’ottenimento della retribuzione ordinaria durante il periodo di ferie annuali retribuite è volto a consentire al lavoratore di prendere i giorni di ferie di cui ha diritto”* (punto 33, CGUE 514-20); *“gli incentivi a rinunciare al congedo di riposo o a sollecitare i lavoratori a rinunciarvi sono incompatibili con gli obiettivi del diritto alle ferie annuali retribuite, legati segnatamente alla necessità di garantire al lavoratore il beneficio di un riposo effettivo, per assicurare una tutela efficace della sua sicurezza e della sua salute. Pertanto, ogni azione o omissione di un datore di lavoro, avente un effetto potenzialmente dissuasivo sulla fruizione di ferie annuali da parte del lavoratore, è altresì incompatibile con la finalità del diritto alle ferie annuali retribuite”*²⁶ (punto 32, CGUE 514-20).

Secondo la giurisprudenza della Corte di Giustizia²⁷, è necessario che la retribuzione versata a titolo di ferie annuali venga calcolata in modo che corrisponda alla

²³ Il Tribunale di Civitavecchia e la Corte di Cassazione citano più volte la sentenza della Corte di Giustizia del 15 settembre 2011, C-155/10, *Williams e altri c. British Airways PC*, in cui, nonostante la retribuzione ordinaria si componesse di tre elementi (un importo annuo fisso, un’indennità di 10 £ per ora di volo, un’indennità di 2,73£ per ogni ora trascorsa fuori dalla base), l’importo da corrispondere per le ferie annuali retribuite si basava solo sull’importo annuo fisso. In *Labour & Law Issues*, 2021, II, p. 81, con nota di A. FENOGLIO, *Le ferie: il dialogo tra le Corti si fa intenso*; in *giustiziacivile.com*, 2019, I, 20 con nota di D. FARGNOLI, *Inclusione delle voci variabili nella base di calcolo della retribuzione spettante per ferie*.

²⁴ Si veda V. MANTOUVALOU, *Are Labour Rights Human Rights?*, in *European Labour law Journal*, 2012, III, p. 165.

²⁵ Anche la Corte costituzionale ha sottolineato la triplice finalità del diritto alle ferie. Tra le tante, Corte Costituzionale, sentenza 7 luglio 1962 n. 76; Corte Costituzionale, sentenza 30 dicembre 1987 n. 616; Corte Costituzionale, sentenza 22 dicembre 1980 n. 189. Si veda L. TRIA, *La Corte di Giustizia UE sul diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite: nella duplice configurazione di pilastro del diritto sociale dell’Unione e di diritto individuale sancito dalla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, in *Lavoro, Diritti, Europa*, 2019, I, p. 33.

²⁶ Lo stesso principio è stato ribadito in Corte di Giustizia UE, 22 maggio 2014, C-539-12, *Z.J.R. Lock/British Gas Trading Limited* (punto 23 e 24), in cui la retribuzione feriale comprendeva il solo stipendio base, escludendo le provvigioni: in *Riv. it. dir. lav.*, 2014, II, 959, con nota di D. DANIELI, *Per la Corte di Giustizia nel calcolo della retribuzione feriale vanno computate le provvigioni*.

²⁷ In tal senso Corte di Cassazione, 30 novembre 2021 n. 37589, che è il precedente più recente, mai citato dalla decisione in rassegna, non è conforme alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. Quest’ultima decisione, da un lato, ritiene che nella *“retribuzione globale di fatto”*, prevista dal CCNL di riferimento, vadano inclusi gli elementi della retribuzione correlati allo status professionale e personale. Dall’altro, riconosce l’autonomia della contrattazione collettiva nella determinazione della retribuzione feriale. Il lavoratore ha diritto alle indennità non perché sia una norma imperativa a prescrivere la

retribuzione ordinaria²⁸. Secondo la Corte, “*Tutti gli elementi della retribuzione globale che si ricollegano allo status personale e professionale del lavoratore devono continuare a essere versati durante le ferie annuali retribuite*” (punto 30, C-539-12).

Il seguente principio porta ad includere nella base di calcolo alcuni elementi che per molto tempo sono stati esclusi, quali le indennità per lavoro notturno, quelle per lavoro straordinario, e per ciò che ci riguarda, l’indennità di volo integrativa. Vanno, invece, escluse, le componenti che “*sono esclusivamente dirette a coprire i costi occasionali o accessori che insorgono in occasione dell’esecuzione dei compiti che incombono al lavoratore secondo il suo contratto di lavoro*” (punto 31, CGUE 539-12)²⁹.

Tuttavia, è fondamentale ricordare che il diritto europeo obbliga gli Stati membri a prevedere almeno 28 giorni di ferie. La parte eccedente tale periodo non è regolato dal diritto dell’Unione e gli Stati membri sono liberi di esercitare la propria competenza legislativa come meglio ritengono.

Alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, la Corte di Cassazione conferma la declaratoria di nullità del Tribunale di Civitavecchia, limitatamente alle ferie annuali minime imposte dalla direttiva e dalla relativa trasposizione nel nostro ordinamento, in quanto “*la indennità integrativa costituisce una significativa componente della retribuzione incidente nella misura del 30 % (o in percentuale maggiore a seconda delle ore effettuate) sul trattamento economico spettante al personale navigante*” (punto

corresponsione, ma perché la contrattazione collettiva ne ha incluso il relativo importo nella base di calcolo. Il punto non è particolarmente elaborato e sembra esserci una contraddizione tra quella che è la giurisprudenza della Corte di Giustizia e la decisione della Corte, che ritiene di rispettarla: “*nella prospettiva di una nozione di retribuzione che sia anche rispettosa dei principi enucleati in sede sovranazionale e pur restando fermo il principio che, in mancanza di una previsione nelle fonti legali interne (art.36, III, art.2109 c.c. e lo stesso art.10 d.lgs.66 del 2003) di criteri utili per il calcolo della retribuzione da corrispondere durante il periodo di ferie, la determinazione della nozione di retribuzione di riferimento è rimessa alla contrattazione collettiva (che non deve necessariamente avere riguardo ad una nozione onnicomprensiva inclusiva di tutte le voci corrisposte durante il periodo di attività) si deve procedere ad una interpretazione della norma collettiva che assicuri la congruità del trattamento da erogare e verifichi che al lavoratore sia garantita almeno la normale o media retribuzione*”. In *Giur. it.*, 2022, V, p. 1181, con nota di F. D’ADDIO, *La nozione di retribuzione globale di fatto tra fonti e orientamenti giurisprudenziali*.

²⁸ In tal senso, Corte di Giustizia UE, 13 dicembre 2018 C-385/17, *Torsten Hein/Albert Holzkamm GmbH & Co. KG*. (punto 32-33): “*L’espressione «ferie annuali retribuite» significa che, per la durata delle ferie annuali, ai sensi di tale direttiva, la retribuzione deve essere mantenuta; in altre parole, il lavoratore deve percepire la retribuzione ordinaria per tale periodo di riposo*”, in *Labor*, 2019, III, p. 287, con nota di C. MAZZANTI, *Il diritto alle ferie retribuite nel dialogo tra la Corte di Giustizia dell’Unione europea e la giurisprudenza nazionale*; in *Foro nap.*, 2019, I, p. 213, con nota di M. ORLANDI, *La sentenza della Corte di Giustizia Hein ed il conteggio dei periodi di lavoro in cui il dipendente è rimasto inattivo ai fini della maturazione del diritto alle ferie*. Si veda anche Corte di Giustizia UE, 20 gennaio 2009, cause riunite C-350-06 e C-520-06, *Gerhard Schultz-Hoff/Deutsche Rentenversicherung Bund* (punto 58) in *For. it.*, 2010, IV, c. 227, con nota di G. RICCI, *In tema di diritto alle ferie annuali*; in *Lav. nella giur.*, 2009, V, p. 471, con nota di M.G. MATTAROLO, *Ferie non godute senza volontà del lavoratore: permanenza del diritto o indennità sostitutiva? Il commento*. Corte di Giustizia UE, 16 marzo 2006, C-131-04 e C-257-04, *Robinson-Steele e a.* (punto 50), in *Dir. rel. ind.*, 2006, III, p. 898, con nota di R. COSIO, *Le precisazioni della Corte di Giustizia in tema di ferie*; in *Arg. dir. lav.*, 2006, II, p. 1341, con nota di V. BAVARO, *Il principio di effettività del diritto alle ferie nella giurisprudenza della Corte di Giustizia*.

²⁹ In tal senso, Corte di Giustizia UE, C-155-10, cit. “*gli elementi della retribuzione complessiva del lavoratore diretti esclusivamente a coprire spese occasionali o accessorie che sopravvengano in occasione dell’espletamento delle mansioni che incombono al lavoratore in ossequio al suo contratto di lavoro, come le spese connesse al tempo che i piloti sono costretti a trascorrere fuori dalla base, non devono essere presi in considerazione nel calcolo da versare durante le ferie annuali*” (punto 25).

24); quindi, *“tale peso potrebbe chiaramente costituire un incentivo a non fruire delle ferie, in contrasto, con i principi euro-unitari che statuiscono che deve essere evitata qualsiasi prassi o omissione, da parte del datore di lavoro, che abbia un effetto potenzialmente dissuasivo sulla fruizione delle ferie annuali da parte di un lavoratore, essendo ciò appunto incompatibile con la finalità delle ferie annuali retribuite”* (punto 25).

Limitatamente al lasso temporale minimo imposto dal diritto europeo, il giudice di merito ha dunque correttamente verificato la legittimità della scelta operata dalla contrattazione collettiva e risolto la seguente questione: una previsione che esclude l'indennità integrativa oraria dalla base del computo della retribuzione da corrispondere nel periodo feriale ha un effetto dissuasivo sulla fruizione delle ferie annuali?

In fattispecie relative al calcolo della retribuzione feriale, il giudice di merito deve verificare la media delle ore lavorate durante l'anno e l'importo ottenuto a titolo di indennità integrativa oraria. Una volta svolta la seguente operazione, concludere se la mancata corresponsione dell'indennità integrativa ha un effetto dissuasivo.

Dalle pronunce della Corte di Giustizia e della Corte di Cassazione³⁰ è possibile constatare che, nonostante l'assenza dei criteri per la determinazione della retribuzione feriale, la direttiva impone che nella base di calcolo vengano computati tutte quelle componenti che presentano un carattere sistematico. Tale soluzione è resa necessaria dalle finalità dell'istituto delle ferie e dagli obiettivi dell'intervento legislativo europeo.

La conclusione è da condividere, in quanto un'interpretazione conforme allo spirito della direttiva impone di limitare la competenza degli Stati membri³¹, i quali devono astenersi dal subordinare a qualsiasi condizione la costituzione stessa del diritto alle ferie retribuite³². Un'interpretazione restrittiva svuoterebbe di significato la previsione della direttiva, se gli Stati membri potessero differenziare la retribuzione feriale dalla retribuzione ordinaria, escludendo una componente – quale l'indennità integrativa oraria – che costituisce il 30 % della retribuzione mensile. Rispetterebbero formalmente la direttiva, pur violandola sostanzialmente. Gli Stati membri, fissando una retribuzione irrisoria o comunque escludendo alcune componenti dal peso notevole, eluderebbero l'intervento del legislatore europeo. In altre parole, se è vero che è espressamente esclusa la competenza dell'Unione in materia di retribuzione, la retribuzione feriale, limitatamente al periodo minimo imposto dal diritto dell'Unione, deve essere determinata in tutti gli Stati membri

³⁰ Tuttavia, non si tratta della prima volta in cui la Corte di Cassazione, chiamata a verificare i criteri per la determinazione della retribuzione feriale, fa riferimento alla Corte di Giustizia. Corte di Cassazione, 17 maggio 2019 n. 13425 affronta la questione dell'esclusione dell'indennità di navigazione cd. Stretto di Messina dalla base di calcolo della retribuzione feriale. Il precedente non viene tuttavia citato dalla Corte di Cassazione nella valutazione della legittimità della clausola del CCNL trasporto aereo. La decisione è particolarmente rilevante, in quanto rappresenta il primo caso in cui la Corte di Cassazione analizza le clausole di esclusione delle componenti dalla retribuzione feriale alla luce degli orientamenti della Corte di Giustizia. La Corte ritiene illegittima l'esclusione delle componenti *“correlati allo status personale e professionale del lavoratore”*, quali appunto le indennità di navigazione. Corte di Cassazione, n. 13425/2019 e la sentenza in rassegna contrastano dunque con Corte di Cassazione n. 37589/2021, cit., che ritiene che la contrattazione collettiva sia libera di determinare la base di calcolo della retribuzione feriale. Seguendo l'orientamento di Corte di Cassazione, n. 37589/2021 si dovrebbe concludere nel senso della legittimità della esclusione della indennità integrativa di volo.

³¹ Corte di Giustizia UE 350-06 e C-520/06, cit., paragrafo 28.

³² *“Sebbene la struttura della retribuzione ordinaria di un lavoratore di per sé ricada nelle disposizioni e prassi disciplinate dal diritto degli Stati membri, essa non può incidere sul diritto del lavoratore, di godere, nel corso del suo periodo di riposo e di distensione, di condizioni economiche paragonabili a quelle relative all'esercizio del suo lavoro”*: punto 23, Corte di Giustizia UE, C-155/10, cit.

in maniera uniforme (i.e. la retribuzione ordinaria, fissata diversamente a seconda dei vari sistemi di relazioni industriali, deve essere mantenuta). Per questa ragione, un'interpretazione estensiva della Corte è da preferire.

Una questione che merita ulteriore analisi, anche in virtù di quelle che potrebbero essere le critiche di una parte della dottrina, riguarda la portata dell'effetto dissuasivo dell'esclusione di alcune componenti della retribuzione nel nostro ordinamento. In altri termini, come può essere dissuaso chi non è libero di rinunciare al godimento delle ferie, per effetto della previsione dell'art. 36, comma 3, Cost.?

In primis, il diritto alle ferie ha da sempre rivestito nel nostro ordinamento un'importanza fondamentale. Il legislatore costituzionale, in un momento di assoluta crisi economica, ne consacrò il valore, prescrivendone l'irrinunciabilità e l'obbligo di corrispondere la retribuzione. Il diritto alle ferie è presente nella nostra Costituzione da ben quarant'anni prima che i diritti sociali emergessero nell'Europa di Jacques Delors. Sarebbe una vera e propria eterogenesi dei fini ritenere che un trattamento meno favorevole al lavoratore durante le ferie potesse essere giustificato nel nostro ordinamento in virtù dell'irrinunciabilità del diritto alle ferie.

In aggiunta a quanto detto, si ritiene che anche nel nostro ordinamento il lavoratore possa essere dissuaso a godere delle ferie.

Ciò per varie ragioni. In primo luogo, è il datore di lavoro a determinare il momento di godimento delle ferie, non potendo il lavoratore unilateralmente rifiutarsi di prestare la propria opera. A ciò si aggiunga che il datore di lavoro è obbligato a concedere solo due settimane nell'anno di maturazione, e può ritardare la concessione delle restanti due settimane nei successivi diciotto mesi. Inoltre, in caso di rifiuto del datore di lavoro, se è vero che il lavoratore può rivolgersi alla Direzione territoriale del Lavoro, affinché proceda all'accertamento del merito della denuncia e irroghi le sanzioni, è altrettanto raro che il lavoratore decida di contrastare, in costanza di rapporto, le decisioni del datore di lavoro.

Il lavoratore ha timore delle scelte del datore di lavoro, il quale, attraverso la retribuzione, consente al lavoratore e alla propria famiglia di affrancarsi dal bisogno economico (senza trascurare il rilievo e la posizione sociale che il lavoro garantisce a ciascun membro della comunità). Si ritiene che il metus a cui è sottoposto il lavoratore potrebbe indurlo a non esercitare le prerogative che la legge gli riconosce. Infatti, il lavoratore, parte debole del rapporto di lavoro può spesso trovarsi in situazioni in cui, al fine di salvaguardare la propria occupazione, rinuncia a far valere i propri diritti³³. Non è necessario ricordare che l'Italia è il terzo Paese in Europa per tasso di disoccupazione.

Per queste ragioni si ritiene di dissentire dalle eventuali critiche di chi sosterrà che il lavoratore, che non è libero di rinunciare alle ferie, non può esserne dissuaso dall'esercizio. Inoltre, si ritiene che l'insussistenza dell'effetto dissuasivo non sia di per sé sufficiente a ritenere legittima l'esclusione delle indennità dalla base di calcolo della retribuzione feriale. Il compenso di un pilota spesso è ben superiore a quello di un professionista che, nonostante non percepisca alcun compenso durante i periodi di inattività, non è dissuaso dal godere di un periodo di riposo, necessario per ripristinare le proprie energie-psicofisiche e dedicare del tempo ai propri affetti. Trattasi pur sempre del 30 % della retribuzione mensile e del 2,14 % del compenso annuo. Tuttavia, indipendentemente

³³ Corte costituzionale, sentenza 10 giugno 1966 n. 63; Corte costituzionale, sentenza 21 maggio 1975 n. 115; Corte costituzionale, sentenze 1 giugno 1979 nn. 40 e 41; Corte costituzionale, sentenza 29 maggio 1971 n. 86.

dall'effetto dissuasivo che l'esclusione di alcune componenti potrebbe avere sulle categorie più deboli di lavoratori – non di certo i piloti – la Corte di Giustizia, sin dalle prime pronunce successive all'emanazione dell'art.7, ha precisato che per la durata delle ferie annuali la retribuzione deve essere mantenuta e il lavoratore deve percepire la retribuzione ordinaria³⁴. Le conclusioni a cui è giunta la Corte di Giustizia sono l'esito di un'interpretazione estensiva, resa necessaria per evitare che i vari Stati membri possano ridurre la portata innovativa della direttiva e i suoi obiettivi, lasciando libere le parti sociali di pattuire una retribuzione feriale inferiore alla retribuzione ordinaria.

5. I giorni feriali non regolati dal diritto europeo

Con riferimento alla parte eccedente i 28 giorni, la sentenza afferma che la base di calcolo non deve essere determinata in ossequio alla giurisprudenza della Corte di Giustizia. In particolare, da nessuna disposizione interna si ricava il trattamento da corrispondere oltre i 28 giorni. Infatti, l'art. 4 del d.lgs. 85/2005 attribuisce al personale di volo dell'aviazione civile il diritto a “*ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane*”, e, in tal modo, riproduce alla lettera la previsione di cui alla direttiva 2000/38/CE. Da tali disposizioni si ricava che tanto il legislatore nazionale, quanto quello europeo, non richiedono che venga accordato un numero superiore di giorni. Il parametro alla luce del quale è necessario valutarne la legittimità rimane dunque l'art.36, III che prescrive che le ferie vengano retribuite.

Ciò chiaramente non impedisce un trattamento di miglior favore per i lavoratori in sede di contrattazione collettiva o individuale. In tal senso, l'art. 10 del CCNL riconosce ai lavoratori il diritto ad almeno trenta giorni di ferie, due in più rispetto alle norme legislative. Tuttavia, con riferimento ai giorni eccedenti, il diritto dell'Unione, come interpretato dalla Corte di Giustizia, non trova applicazione³⁵.

La Corte di Cassazione, con riferimento ai giorni eccedenti, riconosce l'autonomia delle parti sociali nel determinare la base di calcolo della retribuzione feriale. La Corte conferma dunque l'inesistenza del principio dell'onnicomprendività della retribuzione, di cui si è già avuto modo di discutere al paragrafo 2 di cui sopra. In particolare, “*la mancata inclusione di tutte le voci della retribuzione corrisposta durante il periodo di attività non contrasta con i principi dettati dall'art. 36 Cost., il quale non risponde al criterio della onnicomprensività ma demanda alla fonte contrattuale, la garanzia di un trattamento sufficiente, peraltro sempre controllabile dal giudice riguardo alla sua congruità rispetto ai parametri costituzionali*” (punto 29)³⁶.

³⁴ Ad esempio, le citate CGUE 385/17, CGUE 155/10, CGUE 350/06, CGUE 520/06; CGUE 131/04, CGUE 257/04 non contengono alcuna menzione all'effetto dissuasivo.

³⁵ Corte di giustizia UE 385/17, cit., “*l'articolo 7, paragrafo 1, della direttiva 2003/88 non richiede che la retribuzione ordinaria sia concessa per tutta la durata delle ferie annuali di cui il dipendente beneficia in forza del diritto nazionale. Il datore di lavoro è tenuto a concedere tale retribuzione soltanto per la durata delle ferie annuali previste da tale disposizione*”. In tal senso anche, Corte di giustizia UE 337/10, cit.: “*la direttiva 2003/88 non osta a disposizioni nazionali che prevedono un diritto a ferie annuali retribuite di durata superiore a quattro settimane, accordato alle condizioni di ottenimento e di concessione stabilite da tale diritto nazionale*” (paragrafo 34). Analogamente, Corte di Giustizia UE 24 gennaio 2012, C-282/10 (punto 17) in *Riv. dir. lav.*, 2012, II, p. 557, con nota di A. RICCARDI, *La Corte di Giustizia interviene nuovamente sul diritto alle ferie e sul rapporto tra ferie e malattia*; in *Lav. nella giur.*, 2012, VII, p. 681, con nota di V. PIETROGIOVANNI, *Ancora due nuove pronunce della Corte di Giustizia sul diritto alle ferie e la malattia del lavoratore*.

³⁶ Si veda anche Corte di Cassazione, 2 febbraio 2004 n. 1823, che esclude dalla base di calcolo l'indennità per lavoro notturno prestato normalmente secondo turni avvicendati; Corte di Cassazione, 22

In fattispecie del genere è compito del giudice di merito effettuare il giudizio di sufficienza e proporzionalità³⁷. Tuttavia, è difficile ritenere insufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa al pilota e alla propria famiglia una retribuzione feriale come quella di un pilota – già notevole – ridotta del 30 % fino a un massimo di 7 giorni.

Per queste ragioni la Corte cassa la sentenza del Tribunale di Ravenna nella parte in cui afferma la nullità dell'art. 10 del CCNL, per ritenuta violazione dell'art. 36 Cost. con riguardo ai giorni di ferie eccedenti le quattro settimane.

6. Conclusioni

La sentenza della Corte di Cassazione è destinata ad avere un rilievo importante ai fini della determinazione della retribuzione feriale.

Secondo l'orientamento costante della Corte, precedente alle due sentenze, la contrattazione collettiva era libera di determinare la base di calcolo del trattamento da corrispondere al lavoratore nell'esercizio del diritto alle ferie. Alla luce dell'orientamento della Corte di Giustizia, la precedente giurisprudenza che escludeva l'esistenza del principio dell'onnicomprendività ai fini della determinazione feriale deve ritenersi superata. Infatti, con riferimento ai 28 giorni imposti dal diritto dell'Unione, dalla base di calcolo possono essere legittimamente escluse solo le componenti dirette "*a coprire i costi occasionali o accessori che insorgono in occasione dell'esecuzione dei compiti che incombono al lavoratore*" (punto 31, CGUE 539-12). Ne deriva che l'indennità integrativa oraria va corrisposta anche durante il periodo feriale. Lo stesso principio vale a proposito di tutti gli emolumenti volti a compensare la maggiore gravosità della prestazione, indipendentemente dal *nomen* dato dalle parti. A titolo esemplificativo, il compenso feriale dovrà dunque includere anche le indennità di turno e le maggiorazioni per il lavoro notturno o straordinario sistematico.

Per ciò che ci interessa, le conclusioni della Corte di Cassazione possono essere estese anche all'art. 8 del CCNL che prevede anche per il personale navigante di cabina che la retribuzione feriale sia composta da stipendio e indennità minima garantita. Anche le indennità di volo, campo e turno dovranno essere corrisposte³⁸.

Le parti contrattuali non sono più libere di escludere alcune componenti della retribuzione. Alla luce dell'orientamento della Corte di Giustizia e della Corte di

novembre 2002 n. 16510, anch'essa a proposito dell'esclusione della maggiorazione per lavoro notturno prestato secondo turni prestabiliti. Corte di Cassazione, 15 gennaio 2013 n. 813 esclude il compenso per lavoro notturno o straordinario di turno dalla base di calcolo degli istituti indiretti; Corte di Cassazione, 12 novembre 2018 n. 28937 ribadisce l'inesistenza del principio di onnicomprensività della retribuzione, ma conclude che il compenso per lavoro straordinario, avendo i caratteri di sistematicità e continuità, va incluso nella retribuzione feriale, perché il CCNL di riferimento prevede che per le ferie sia corrisposta la retribuzione globale di fatto.

³⁷ *Supra* nota 15.

³⁸ Infatti, in base alla giurisprudenza della Corte di Giustizia, in un eventuale contenzioso, potrebbe essere ritenuta nulla la disposizione che prevede che queste ultime "*hanno natura onnicomprensiva, essendo state calcolate comprendendovi l'incidenza su tutti gli istituti legali e contrattuali di retribuzione indiretta e differita, ivi compreso il TFR*" (art. 22 Sezione terza personale di terra). La questione non concerne la presente analisi e non è trattata in queste sede. Tuttavia, anche in questo caso l'autonomia collettiva incontra i limiti sanciti dall'art. 7 della direttiva. Corte di Giustizia UE, 16 marzo 2006, C-131/04 e C-257/04, cit.: "*L'art. 7 osta a che il pagamento delle ferie annuali minime ai sensi di tale disposizione sia effettuato mediante versamenti parziali scaglionati nel corrispondente periodo annuale di lavoro e pagati insieme alla retribuzione per il lavoro svolto, e non mediante un versamento per un periodo determinato durante il quale il lavoratore prende effettivamente le ferie*" (punto 63).

Cassazione, un nuovo equilibrio contrattuale dovrà essere raggiunto, ad esempio diminuendo il numero di ferie al periodo minimo previsto dal diritto europeo, o riducendo l'importo delle indennità tenendo conto che queste dovranno essere versate anche durante il periodo feriale.

È chiaro che le seguenti conclusioni non valgono solo per il settore del trasporto aereo, diretto interessato della pronuncia della Corte di Cassazione. Tutti i contratti collettivi dovranno adeguarsi alle statuizioni della Corte per evitare che in futuro le censure possano riguardare l'esclusione delle componenti ivi contemplate.

In tal proposito, l'attuale CCNL del trasporto aereo³⁹, stipulato prima della sentenza della Cassazione, prevede che *“tenuto conto della specifica struttura del sistema retributivo del PNT, ed in particolare della articolazione dell'indennità di volo in una componente minima garantita per 12 mesi, per ogni giorno di ferie la Società corrisponderà al PNT in aggiunta alla quota di retribuzione mensile (stipendio e indennità di volo minima garantita) una quota della retribuzione variabile IVO pari a 2,5 ore di volo quantificate con aliquota del primo scaglione IVO”*. L'attuale base di calcolo della retribuzione feriale ridurrà significativamente il contenzioso, senza tuttavia escluderlo⁴⁰.

La rilevanza della decisione va valutata anche in base alle modifiche operate dal Jobs Act e dalla Legge Fornero alla disciplina sanzionatoria del licenziamento illegittimo. Infatti, alla luce della recente giurisprudenza della Corte di Cassazione per cui la prescrizione non intercorre in costanza di rapporto, i lavoratori potranno fare valere l'importo dell'indennità integrativa di volo per le ferie maturate sin dall'inizio del rapporto di lavoro, purché questo non sia cessato negli ultimi 5 anni⁴¹ e i crediti retributivi non fossero già prescritti alla data in vigore della l. n. 92/2012.

Quanto detto vale per qualsiasi settore produttivo e contratto collettivo che escludeva determinate componenti corrisposte in via sistematica (i.e. le maggiorazioni per lavoro straordinario, lavoro notturno, lavoro domenicale o qualunque tipo di indennità volta a compensare la maggiore gravosità della prestazione).

Con riferimento ai giorni eccedenti il periodo minimo richiesto dalla direttiva, la Corte di Cassazione conferma il proprio orientamento, per cui spetta alla contrattazione collettiva determinare le componenti da includere nella base di calcolo. In base ad una lettura coordinata degli art. 36, comma 3 e 36, comma 1, occorre che le ferie siano retribuite e che il trattamento economico sia *“proporzionato alla quantità e alla qualità del lavoro svolto e sufficiente ad assicurare un'esistenza libera e dignitosa”*.

³⁹ Il contratto è stato stipulato il 2 dicembre 2021. Decorre dal 1° gennaio 2022 e scade il 31 dicembre 2024.

⁴⁰ Anche in questo caso la disposizione non è conforme all'art. 7 della direttiva e dell'orientamento della Corte di Giustizia che richiede che la retribuzione feriale sia conforme alla retribuzione ordinaria. La previsione in misura fissa e indipendente dal numero di ore medie di volo, che ben può essere superiore, rischia anch'essa di essere colpita da nullità, se i lavoratori provano di avere una media di ore superiore rispetto al parametro individuato dalla contrattazione collettiva. Se nell'anno di riferimento, la media di un pilota è superiore a 80 ore ogni 28 giorni (o 2,85 ore ogni giorno), in un eventuale contenzioso, la compagnia aerea, applicando la giurisprudenza fin ora analizzata, potrà essere condannata al pagamento della differenza.

⁴¹ Corte di Cassazione, 6 settembre 2022 n. 26246; Corte di Cassazione, 30 ottobre 2022 n. 30957.

Promossa da:

demetra
CENTRO STUDI