

Diritto e politica dei trasporti

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

Promossa da:

demetra
CENTRO STUDI

Fascicolo
II/2023

Diritto e politica dei trasporti

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

Fascicolo II/2023

Promossa da
demetra
CENTRO STUDI

Anno 6, n. 11 (II-2023)

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.

Grafica e impaginazione: Centro Studi Demetra

Pubblicato nel mese di marzo 2024

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 e tecnico/Scientific and Technical 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 e Pont. Ist. Orientale)
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 Martín Osante (Universidad del País Vasco - Spagna)
Pres. Gerardo Mastrandrea (Consiglio di Stato)
Prof. Roberto Miccù (Università “Sapienza” - Roma)
Prof. Marco Fabio Morsello (Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - 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 degli studi di Teramo)
Prof. Leopoldo Tullio (Università “Sapienza” - Roma)

Comitato editoriale/Editorial Board

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

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/2023

PRESENTAZIONE DEL FASCICOLO/PRESENTATION OF THE ISSUE

Francesco Gaspari

ARTICOLI E SAGGI/ARTICLES AND ESSAYS

Carlos Alberto Neves Almeida

Os Direitos do Passageiro Aéreo na Jurisprudência Portuguesa e na Justiça Europeia p. 77 - 126

Danilo Ceccarelli Morolli

Il δρόμος dell'Impero Romano d'Oriente tra "geografia" del potere e diritto p. 127 - 134

Marta Gaggero

La utilización de la inteligencia artificial en las actividades espaciales p. 135 - 144

Niccolò Ferracuti

La Francia vieta i voli nazionali a corto raggio: riflessioni critiche sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità della misura p. 145 - 158

NOTE A SENTENZA/LAW NOTES

Federica Ciufoli, Alessandro Scifo

Il provvedimento di limitazione all'accesso dei prestatori dei servizi di assistenza a terra p. 159 - 168

Manuela Galizia

La fusione per incorporazione tra società miste di gestione aeroportuale p. 169 - 176

Marco Di Giugno

La necessità di tempi certi e di un provvedimento espresso per il rilascio di una concessione demaniale p. 177 - 189

CASI E QUESTIONI/ CASES AND ISSUES

Antonio Domenico Brasca, Pierluigi Gervasi, Attilio Marchese

La sindrome da dipendenza da lavoro in epoca COVID nel settore ferroviario p. 190 - 195

Marco Di Giugno

Il superamento del regime degli oneri di servizio pubblico attraverso una nuova versione dei contratti di co-marketing p. 196 - 213

RECENSIONI/ REVIEWS

Giuseppina Agata Di Guardo

Recensione a Yolanda Bustos Moreno, La irrupción de los drones (sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la responsabilidad civil. El futuro de los UAS autónomos Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños: Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón / coord. por Joaquín Ataz López, José Antonio Cobacho Gómez; Juan Roca Guillamón (hom.), Adolfo Díaz-Bautista Cremades (aut.), Vol. 1, 2021, ISBN 978-84-1346-259-2, p. 889-950 p. 214 - 217

Presentazione del Fascicolo

Francesco Gaspari

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

Direttore della Rivista

Anche il secondo fascicolo del 2023 della Rivista ospita contributi di notevole importanza, non solo per la rilevanza e l'attualità dei temi trattati, ma anche per il livello di approfondimento degli stessi da parte degli Autori.

Il saggio di Carlos Alberto Neves Almeida affronta il tema dei diritti dei passeggeri nella giurisprudenza multilivello, in particolare portoghese ed aurounitaria. Si tratta di un ampio lavoro che ricostruisce in modo critico l'approccio non sempre coerente assunto dalla giurisprudenza portoghese nel corso degli anni e si focalizza su alcuni principi (come quello di esclusività) disciplinato in diverse fonti internazionali (la Convenzione di Varsavia del 1929 e la Convenzione di Montreal del 1999). Lo studio offre anche un esame comparato della giurisprudenza di altri ordinamenti, e segnatamente quello del Regno Unito e quello statunitense, con particolare riguardo alla c.d. doctrine of complete preemption. Inoltre, si esaminano anche i rapporti tra la Convenzione di Montreal del 1999 e il regolamento UE 261/2004, mettendo in evidenza possibili sovrapposizioni tra le due fonti, specie con riferimento all'ipotesi del ritardo e il relativo diritto dei passeggeri alla compensazione economica.

Anche il contributo di Danilo Ceccarelli Morolli tratta di un tema di grande interesse, anche per possibili futuri filoni di ricerca (di carattere interdisciplinare) in materia. L'A. affronta infatti il "dromos", vale a dire il servizio postale imperiale (Impero Romano d'Oriente), muovendo dall'importanza delle linee di trasporto per i Romani, i quali crearono un sistema articolato, complesso ed efficiente, il c.d. cursus publicus, che, come spiega bene l'A., consisteva in una vera e propria rete di strade, stazioni di rifornimento e quindi trasporto di persone, di merci e di messaggeri di interesse per lo "Stato". Situato al centro dell'Urbe, tale rete percorreva tutto l'Impero estendendosi per duecento mila chilometri. Successivamente, il cursus publicus viene appellato, in greco, come δρόμος e oggi il tema del dromos (δρόμος) è tornato al centro del dibattito scientifico internazionale e la Rivista contribuisce, con tale articolo, ad alimentare tale dibattito.

Di estrema attualità è il saggio di Marta Gaggero, che si focalizza sull'utilizzo dell'intelligenza artificiale nelle attività dello spazio. L'A. si interroga sulla adeguatezza delle vigenti regole internazionali sullo spazio a coprire l'utilizzo di tecnologie quali remote sensing satellites, astronaut assistants, collision avoidance, planetary exploration e rimozione dei detriti spaziali. L'analisi condotta dall'A. mette in evidenza come il ricorso all'uso di tali sistemi potrebbe determinare rischi legati alla non sufficiente copertura giuridica in termini di responsabilità per danni causati da oggetti spaziali (includendo anche la responsabilità degli Stati sul monitoraggio e sul controllo di tali oggetti). Da qui la necessità di intervenire sul piano regolatorio internazionale mediante l'adozione di un nuovo trattato o la modifica di quelli esistenti.

Il contributo di Niccolò Ferracuti affronta invece un tema apparentemente più circoscritto sul piano geografico: il provvedimento – approvato il 1 dicembre 2022 dalla Commissione europea – con cui la

Francia ha temporaneamente vietato, per la durata di tre anni, l'esercizio dei diritti di traffico per talune rotte del servizio di trasporto aereo pubblico nazionale di linea. Il lavoro si focalizza soprattutto, con argomenti critici, sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità della misura, prendendo come parametro principale di riferimento l'art. 20 del regolamento (UE) n. 1008/2008, il quale prevede che gli Stati membri possano, in caso di "gravi problemi di carattere ambientale", limitare o proibire l'esercizio dei diritti di traffico.

Nella sezione dedicata alle Note a sentenza vi sono tre interessanti contributi, tutti su recenti provvedimenti giurisdizionali di indubbio interesse scientifico.

Federica Ciufoli e Alessandro Scifo analizzano la recente giurisprudenza amministrativa in materia di servizi di assistenza a terra (handling). In particolare, la nota si sofferma su presupposti e caratteristiche del provvedimento di limitazione all'accesso dei prestatori dei servizi di assistenza a terra, che secondo la vigente normativa può essere adottato dall'ENAC, nonostante l'introduzione del principio di liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra.

Il contributo di Manuela Galizia invece riguarda la fusione per incorporazione fra due società di gestione aeroportuale, la GEASAR s.p.a. e la SO.GE.A.AL s.p.a. La vicenda è stata sottoposta al vaglio del Tribunale di Cagliari, che con un'ordinanza ha annullato la delibera della SO.GE.A.AL s.p.a.

Il contributo di Marco Di Giugno ricostruisce invece il procedimento per il rilascio delle concessioni aeroportuali alla luce della vigente normativa e della giurisprudenza amministrativa. In particolare, la nota ha ad oggetto una pronuncia del Tar Toscana che ha affermato la necessità che nella procedura di rilascio della concessione della gestione totale aeroportuale le amministrazioni pubbliche coinvolte nella procedura agiscano tempestivamente con un provvedimento espresso.

Nella sezione Casi e questioni sono ospitati due contributi. Il primo di Antonio Domenico Brasca, Pierluigi Gervasi e Attilio Marchese che affronta il delicato tema della sindrome da dipendenza da lavoro in epoca COVID nel settore ferroviario, mentre nel secondo Marco Di Giugno approfondisce un tema molto interessante, anche questo possibile oggetto di nuovi filoni di ricerca: il superamento del regime degli oneri di servizio pubblico attraverso una nuova versione dei contratti di co-marketing.

Chiude il fascicolo la recensione di Giuseppina Agata Di Guardo ad un recente lavoro di Yolanda Bustos Moreno in materia di droni e responsabilità civile.

Il secondo fascicolo del 2023 costituisce, dunque, per i Lettori della Rivista, un'utile occasione di formazione e aggiornamento su molteplici temi di rilevanza scientifica, anche sul piano internazionale. Buona lettura a tutti!

Os Direitos do Passageiro Aéreo na Jurisprudência Portuguesa e na Justiça Europeia*

Carlos Alberto Neves Almeida

*Doutor em Direito. Professor Auxiliar do ISCTE-IUL – Instituto Universitário de Lisboa.
PhD, Assistant Professor at ISCTE-IUL – Lisbon University Institute*

Abstract

The Air Passenger Rights in the Portuguese Courts of Law and in the European Justice.

The paper gives a critical in-depth analysis on how the Portuguese courts of law have (not consistently) been applying, over the years, the exclusivity principle enacted under the 1929 Warsaw Convention, as well as under the 1999 Montreal Convention (MC99), with implications onto the passengers' rights and damages determination and limits. Grounded criticism is also raised against to the comparative judicial authority upholding the doctrine of complete preemption of the said international conventions, specially, with regards to the up-today case law established by the supreme judicial authority in the UK as well as in the USA. According to the author's view, the doctrine of complete preemption of the applying international conventions may lead to the air carrier's impunity, escaping from liability, or, to avoid such a result of absurdity, may lead to the de-characterization of the term of 'accident', broadly construing it and so making it equivalent to any neutral and aviation risks unrelated event. This distorts the 1999 Montreal Convention aim to be a shift from an air carrier/industry protection-oriented convention to a consumer protection-oriented convention and, consequently, the principle of "equitable balance of interests" (recitals 3 and 5 of the Preamble of MC99). Finally, the fact that the ECJ case law on EU Regulation 261/2004 had restructured it, so that passengers' compensation shall also apply to delays on destination equal or over 3 hours, broadening the said Regulation substantive scope to an extent beyond the non-performance of the air carriage contract respects (e.g. denied boarding, cancellation, long delay at departure) which domain the ECJ had qualified as the 'earlier stage' of regulatory substantive scope of 1999 Montreal Convention, causes the EU regulation to overlap the said Convention in contravention to the latter exclusivity principle (e.g. ruling on the air carrier liability for late arrival involving performance of the air carriage contract). Moreover, the right to compensation for late arrival under the EU Regulation holds the format of a liquidated damages compensation imposed on air carriers, where, under the MC99, the quantum of compensable damages sustained is subject to the burden of proof by the claimant. Therefore, exempting the claimant from the burden of proof upon the amount of damages – who, nonetheless, shall be entitled to claim compensation, even though no damages sustained occurred – makes the indemnity under the EU Regulation to constitute a true penalty instead of compensatory, which contravenes the MC99 principle of restitution (recital 3 and art. 29 of MC99).

* Sottoposto a referaggio/Article peer reviewed. Texto de suporte à conferência proferida pelo autor, na qualidade de relator convidado sobre o tema, nas XLV Jornadas Latino-Americanas de Direito Aeronáutico e Espacial e XIV Congresso Internacional de Direito Aeronáutico (ALADA – Asociación Latino Americana de Derecho Aeronáutico y Espacial) – 4-6 de Outubro de 2023 - São Paulo, Brasil. O texto da apresentação segue as regras de ortografia aplicáveis à língua portuguesa anteriores ao acordo ortográfico e foi revisto para publicação em Novembro de 2023.

Parole chiave: Exclusivity principle; Air carrier liability/accident; Passengers' rights; Air carrier/industry protection-oriented convention; Consumer protection-oriented convention.

Sumário — I – Nota prévia: do propósito e delimitação do objecto II – Do quadro normativo a tratar: lei competente para regular a responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional de pessoas e bagagem III – Da aplicação do direito interno (lei geral) *versus* regimes internacionais especiais de *jus tractuum* (Sistema de Varsóvia/Convenção de Montreal de 1999) decidida na jurisprudência superior portuguesa IV – Dos aspectos críticos inerentes à jurisprudência comparada que pugna pela aplicabilidade à Convenção de Montreal de 1999 da *doctrine of complete preemption* V – Do Direito e da Justiça Europeus na protecção dos direitos do passageiro. 1. Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11.02. 1.1. Dos aspectos gerais. 1.2. Da recusa de embarque: pressupostos. 1.3. Do cancelamento de voo: pressupostos. 1.4. Do atraso na partida: pressupostos. 1.5. Da recusa de embarque e cancelamento de voo: efeitos. 1.6. Do atraso na partida: efeitos. 1.7. Do *downgrading* na admissão a bordo: efeitos VI – Das conclusões

I. Nota prévia: do propósito e delimitação do objecto

O presente texto traduz, no essencial, a visão crítica do autor sobre a interpretação e a aplicação por parte de alguma jurisprudência portuguesa, mas também comparada, do teor normativo dos principais textos de direito internacional público convencional originário e de direito europeu derivado, cujo objecto visa regular certos aspectos relativos aos direitos dos passageiros seja emergentes do contrato de transporte aéreo, seja decorrentes da responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo.

Ao projectar-se a abordagem de um tema como o presente, referente ao regime jurídico dos direitos do passageiro aéreo, são três as notas que, a título de intróito, se impõem.

A primeira nota prende-se com o facto de que, quando se fala nos direitos do passageiro aéreo, nem sempre as questões controvertidas suscitadas emergem necessariamente do *contrato* de transporte aéreo de pessoas e, ou, de bagagem. Tal é assim quando, em particular, estejamos perante o transporte aéreo internacional sujeito ou ao regime da Convenção de Varsóvia de 1929 – modificada, ou não –, ou ao regime da Convenção de Montreal de 1999 e se, em qualquer dos casos, se suscitarem questões de responsabilidade civil do transportador aéreo.

Na verdade, a responsabilidade civil do transportador aéreo estabelecida ao abrigo destas convenções internacionais não emerge exclusivamente do *contrato* de transporte aéreo, antes devendo ser concebida, quanto à sua fonte, origem ou natureza, como uma *responsabilidade conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo*. Em lugar da *summa divisio* entre responsabilidade obrigacional (contratual) e responsabilidade aquiliana, o legislador internacional pretendeu instituir, relativamente à generalidade das questões de responsabilidade civil emergentes do transporte aéreo, um regime *especial, uniforme, universal, e exclusivo* – isto é, sujeito ao *princípio da exclusividade* do qual decorre o *efeito preclusivo (preemptive effect)* do direito interno –, cuja aplicabilidade

terá, necessariamente, lugar de forma exclusiva, independentemente da origem ou natureza da responsabilidade ser *ex contractu* ou *ex delicti*¹.

Em segundo lugar, porque as fontes normativas que regulam a relação de transporte aéreo, se não exclusivamente, são, pelo menos, maioritariamente, de origem internacional, a análise da temática no âmbito da actividade jurisprudencial dos tribunais portugueses não pode ter-se por estanque ou situar-se à margem da análise, que urge igualmente fazer, da jurisprudência comparada desenvolvida seja noutras jurisdições de cariz nacional, seja no quadro da União Europeia pela Justiça Europeia.

Por último, e em terceiro lugar, considerando que a temática em apreço pode envolver uma panóplia indiferenciada de questões, iremos restringir o nosso objecto de estudo, por um lado, aos aspectos conexos com a prestação de serviço de transporte aéreo de pessoas e bagagens decorrentes das causas e pressupostos de responsabilidade civil do transportador aéreo, tal como tais aspectos se encontram regulados pela Convenção de Montreal de 1999, e, por outro lado, aos direitos dos passageiros previstos no direito europeu e sua compatibilização com o *princípio da exclusividade* da Convenção de Montreal de 1999. Não serão objecto de tratamento as questões relacionadas com cláusulas contratuais abusivas, designadamente, envolvendo a fixação de tarifas aéreas ou suplementos tarifários.

II. Do quadro normativo a tratar: lei competente para regular a responsabilidade civil do transportador aéreo conexa com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional de pessoas e bagagem

A regulamentação normativa da relação jurídico-contratual em que se consubstancia a prestação de serviço de transporte aéreo tem sede em diversas fontes de direito, cuja identificação, segundo a acepção técnico-jurídica do conceito de fonte de direito, aponta quer para normas emergentes da actividade de produção legislativa interna e própria de cada Estado integrante da comunidade internacional, quer para normas emergentes do exercício, no plano internacional, do *jus tractuum*, quer ainda para normas emergentes da actividade de criação normativa subjacente e própria de certas organizações internacionais, em especial de natureza supra-estadual e regional (v.g. União Europeia). Noutros casos, aparecem-nos também normas de adesão contratual privada, estejam estas ligadas, ou não, a organizações internacionais de natureza *jusprivatística*, onde, habitualmente, convergem os diferentes sujeitos que operam no sector de actividade do transporte aéreo (v.g. *IATA-International Air Transport Association*)².

No âmbito de semelhante quadro normativo, o objecto da nossa análise restringir-se-á quer à interpretação e aplicação por alguma jurisprudência superior, nacional e comparada (em particular EUA e Reino Unido), dos regimes internacionais emergentes da Convenção de Montreal de 1999, sem, para o efeito, descurar o peso e a importância do legado histórico com origem e desenvolvimento no *Sistema de Varsóvia*³, quer à

¹ C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo e da Responsabilidade Civil do Transportador Aéreo*, Coimbra, 2010, p. 440-463 e 667-668. Tal não impede o entendimento pacífico de que as convenções internacionais aplicáveis, por norma, pressupõem e têm por base a existência duma relação contratual de transporte – *id.*, p. 49, nota 8.

² C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 43 ss.

³ Integram o *Sistema de Varsóvia* quer a Convenção de Varsóvia de 1929 na sua versão originária, quer os demais instrumentos de direito internacional público que ao longo dos anos vieram introduzir modificações à Convenção de Varsóvia ou que apenas a vieram complementar, a saber, o Protocolo da Haia de 1955, a Convenção Suplementar de Guadalajara de 1961, o Protocolo da Guatemala de 1971 e os Protocolos

interpretação e aplicação do direito europeu pela jurisprudência europeia de recurso, em particular, no que concerne ao quadro normativo introduzido pelo Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos.

III. Da aplicação do direito interno (lei geral) versus regimes internacionais especiais de *jus tractuum* (Sistema de Varsóvia/Convenção de Montreal de 1999) decidida na jurisprudência superior portuguesa

É pacífico o entendimento de que a Convenção de Montreal de 1999, assim como também sucede à luz da Convenção de Varsóvia de 1999, institui um regime de responsabilidade civil do transportador aéreo que não só é *especial*, como também é *exclusivo*, ou seja, é informado pelo *princípio da exclusividade*, o que, a verificarem-se certos pressupostos, implica o *efeito preclusivo (preemptive effect)* de recurso subsidiário à norma geral de direito interno.

Na verdade, quer a Convenção de Varsóvia de 1929, quer a Convenção de Montreal de 1999, vieram estabelecer um regime de responsabilidade civil do transportador aéreo não apenas *especial*, mas, também, como forma de garantir a sua *uniformidade universal, exclusivo*, o que implica o *efeito preclusivo (preemptive effect)* da aplicação do direito interno, enquanto norma geral subsidiária. Todavia, a *exclusividade* do regime convencional de responsabilidade civil do transportador aéreo não é absoluta, no sentido da sua abrangência material, porquanto apenas abrange os conteúdos por si regulados (*substantive scope*)⁴, sendo que, no demais, dentre os conteúdos reservados à Convenção mas não directamente regulados por esta, é a própria Convenção que, directa ou indirectamente, remete para o direito interno competente⁵. Não obstante tal entendimento,

Adicionais n°s 1, 2, 3 e 4 de Montreal de 1975. Destes instrumentos, apenas o Protocolo da Guatemala de 1971 e o Protocolo Adicional n° 3 de Montreal de 1975 nunca chegaram a gozar de vigência internacional. Relativamente à Convenção Suplementar de Guadalajara de 1961, embora gozando de vigência internacional, Portugal não é parte contratante da referida convenção – neste sentido *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 47-78.

⁴ Para maiores desenvolvimentos nesse sentido, *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 447, incluindo nota 438, 459-463 e 465, nota 462. H. DRION, *Limitation of Liabilities in International Air Law*, The Hague, 1954, p. 72-73. *Vide*, em sentido contrário, posição citada e atribuída a outras fontes pelo primeiro autor em ID. *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 456-458 e nota 454.

⁵ Neste sentido, *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 52, nota 13, 62, nota 24, 74-75, nota 35, 85, nota 50, 87, nota 57, 372-386, e, em particular, 447, nota 438, e 465, nota 462, ID., *Da Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação face ao Novo Regulamento (CE) n° 2027/97 do Conselho de 17.10*, ROA, Ano 58, III, Lisboa, Dezembro de 1998, p. 1136-1142, 1151, nota 26, e ID., *Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros*, em *Estudos de Direito do Consumo*, Lisboa, 2017, vol. V, p. 287-373, nota 12. São as seguintes as situações em que tal sucede (desvios ao *princípio da exclusividade*): (i) determinação da *legitimidade* para o exercício do direito de acção (competência da lei designada pela norma de conflitos da *lex fori*) – art° 24° da Convenção de Varsóvia, cuja interpretação nesse sentido viria a ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América em *Zicherman v. Korean Air Lines*, 1996, WL 12619 US, e art° 29° da Convenção de Montreal de 1999; (ii) determinação dos *direitos* que assistem ao reclamante (competência da lei designada pela norma de conflitos da *lex fori*) – art° 24° da Convenção de Varsóvia, cuja interpretação nesse sentido viria a ser confirmada pelo Supremo Tribunal Federal dos Estados Unidos da América em *Zicherman v. Korean Air Lines*, 1996, WL 12619 US, e art° 29° da Convenção de Montreal de 1999; (iii) afastamento ou atenuação da responsabilidade do transportador aéreo havendo *concurso de culpa* (competência da *lex fori*) – art° 21° da Convenção de

Varsóvia; (iv) admissibilidade legal para fixação da indemnização sob a forma de *renda* ou de *pagamentos periódicos* (competência da *lex fori*) – artº. 22º, nº 1, da Convenção de Varsóvia; (v) caracterização da *culpa* do transportador aéreo ou dos seus propositos (competência da *lex fori*) – artº. 25º da Convenção de Varsóvia na versão originária. A partir do Protocolo da Haia de 1955, com a modificação introduzida à redacção do artº. 25º, a Convenção veio regular directamente a questão da caracterização da culpa do transportador aéreo ou dos seus propositos; (vi) determinação da *forma e tramitação* da acção de responsabilidade civil intentada contra o transportador aéreo (competência da *lex fori*) – artº. 28º, nº 2, da Convenção de Varsóvia e artºs. 33º, nº 4, e 45º da Convenção de Montreal de 1999; (vii) determinação da forma de *contagem do prazo de caducidade* para o exercício do direito de acção contra o transportador aéreo (competência da *lex fori*) – artº. 29º, nº 2, da Convenção de Varsóvia e artº. 35º, nº 2, da Convenção de Montreal de 1999. Sobre a caracterização do prazo para o exercício do direito de acção contra o transportador aéreo como um *prazo de caducidade*, vide, nos tribunais portugueses, Ac. do STJ, de 28 de Abril de 1988 (*Tranquilidade Seguros, EP v. Trans World Airlines - Proc. nº 75 689*), BMJ, nº 376, Maio 1988, p. 606-612, [1990] II Uniform LR 414,

<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/4a600e2054d7f5ed802568fc00392d04?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), Ac. do TRL de 12.03.1987 (Proc. 23985), publicado in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/04cb115d2dc963b98025680300038fc7?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), e Ac. do TRL de 07.02.2002 (Proc. 123112), publicado in <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/692aa864509d24a780256bc20037965c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023). Vide, igualmente, na doutrina nacional, L. PEDREIRA, *O regime jurídico do transporte aéreo internacional segundo a Convenção de Varsóvia*, Revista da Ordem dos Advogados (ROA), Ano 13º, nºs 3 e 4, Lisboa, 1953, p. 94-123, 122, defendendo tratar-se de prazo de caducidade e não de prescrição; (viii) regulação da responsabilidade civil do transportador aéreo por *acordos especiais* mais favoráveis ao utilizador do transporte aéreo – artºs. 22º, nº 1, 23º e 32º da Convenção de Varsóvia, artº. IX, nºs 1 e 3, da Convenção Suplementar de Guadalajara de 1961, e artºs. 25º, 26º, 27º, 47º e 49º da Convenção de Montreal de 1999; (ix) imputação das custas judiciais e outras despesas do processo (competência da *lex fori*) – artº. 22º, nº 4, da Convenção de Varsóvia alterada pelo Protocolo da Haia de 1955, e artº. 22º, nº 6, da Convenção de Montreal de 1999; (x) conversão das unidades monetárias correspondentes a 65,5 mg ou a 75,5 mg de ouro fino de 900 milésimos em moeda nacional (competência da *lex fori*) – artº. 22º, nº 4, da Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo Adicional nº 1 de Montreal de 1975, artº. 22º, nº 4, da Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia de 1955 e pelo Protocolo Adicional nº 2, de Montreal de 1975, artº. 22º, nº 6, da Convenção de Varsóvia modificada pelo Protocolo da Haia de 1955 e pelo Protocolo Adicional nº 4, de Montreal de 1975, e artº. 23º, nº 2, da Convenção de Montreal de 1999; (xi) *obrigação* de pagar adiantamentos em caso de acidente do qual resulte morte ou lesão à integridade física do passageiro (competência da lei designada pela norma de conflitos da *lex fori*) – artº. 28º da Convenção de Montreal de 1999; (xii) por último, entende-se também que, por natureza, o *princípio da exclusividade* da convenção (de Varsóvia ou de Montreal) não deve conduzir à sobreposição do regime convencional sobre o direito interno aplicável sempre que se verifique concorrência da relação contratual de transporte aéreo com *relações jurídicas contratuais primárias* constituídas anteriormente entre o transportador aéreo e o lesado (v.g. concurso com relação de trabalho subordinado), sendo que a cedência do *princípio da exclusividade* da convenção aplicável haverá que ser enquadrada no âmbito da *ratio legis* subjacente ao normativo dos artºs. 23º e 32º da Convenção de Varsóvia e dos artºs. 26º, 47º e 49º da Convenção de Montreal de 1999, isto é, desde que não implique violação de normas imperativas do regime convencional e o *regime primário* se mostre mais favorável à tutela dos interesses do passageiro. Para mais desenvolvimentos a este propósito, vide C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 379-386. Em sentido diferente, vide T. SALINAS, *Curso de Derecho Aeronautico*, Barcelona, 1980, p. 316, que considera que o viajante vinculado ao transportador por contrato individual de trabalho não pode simultaneamente ser parte de relação contratual de transporte com o seu empregador quando se desloque em missão de serviço, por se considerar, nesses casos, existir incompatibilidade entre a relação laboral e a relação de transporte (*relações contratuais incompatíveis*), acabando por concluir ser aplicável, nesses casos, o regime laboral visto que, tal como fundamenta, o transporte se efectuar em execução da relação laboral. Em sentido contrário, porém, vide H. DRION, *op. cit.*, p. 58-62, que defende que, independentemente da acção de responsabilidade se fundar no contrato de trabalho ou no contrato de transporte, o transportador poderá sempre invocar as condições e limites estabelecidos na Convenção de Varsóvia. Também D. GOEDHUIS, *National Airlegislations and the Warsaw Convention*, The Hague, 1937, p. 130, e ID., *La Convention de Varsovie*, La Haye, 1933, p. 89-90, considerando *de jure constituto* que, em

o Acórdão do STJ de 30.09.1997⁶, contrariando o *princípio da exclusividade* da Convenção de Varsóvia de 1929, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, julgou, de forma inadequada, ser aplicável ao caso em julgamento o disposto nos artºs 798º e 799º, nº 1, do Código Civil, bem como o regime do ónus da prova previsto no artº. 342º, nºs 1 e 2, do Código Civil, regras estas que lhe permitiram concluir no sentido de que tendo o passageiro feito prova dos factos constitutivos do seu direito a uma indemnização, a prova dos factos limitativos desse direito competia ao transportador aéreo, prova essa que, por não ter sido feita, conduziria à condenação do transportador aéreo sem sujeição aos limites da responsabilidade civil previstos na Convenção. Ao julgar nestes termos, o STJ aplicou incorrectamente o direito interno a uma relação de transporte aéreo sujeita ao *regime exclusivo* da Convenção de Varsóvia constante dos artºs. 18º, 20º, 22º e 25º da referida Convenção, que, por princípio regra, estabelece a *responsabilidade limitada* do transportador aéreo com fundamento em *presunção de culpa* – artºs. 18º, nº 1, 20º e 22º da Convenção –, e que apenas prevê a quebra dos limites de responsabilidade civil do transportador aéreo quando se prove que o dano é resultante de uma acção ou de uma omissão da entidade transportadora ou dos seus agentes feita ou com intenção de provocar um dano ou temerariamente e com a consciência de que desse facto resultará provavelmente um dano, cabendo, para o efeito, o respectivo *onus probandi* ao lesado – artº. 25º da Convenção. Com efeito, sendo o artº. 25º da Convenção de Varsóvia apenas aplicável para efeitos de quebra do limite de responsabilidade civil do transportador aéreo quando sobre ele já incide uma *presunção de culpa* que o próprio não logrou ilidir – artºs. 18º, nº 1, e 20º da Convenção –, do seu regime só pode resultar a inversão do ónus da prova: não é ao transportador que compete provar os factos limitativos da indemnização, mas ao lesado que compete provar os factos que evidenciam o dolo do transportador ou seus agentes ou propostos e que lhe permitirão quebrar o limite de responsabilidade do transportador aéreo⁷. O sentido da jurisprudência plasmada no Acórdão do STJ de 30.09.1997, laborando, diga-se, em erro de hermenêutica jurídica, teve seguimento nos Acórdãos do TRL, de 05.04.2001⁸, e de 12.02.2004 (Proc. 237/2004-6)⁹. No primeiro, o Tribunal da Relação de Lisboa, aplicando, à revelia do *princípio da exclusividade* da Convenção de Varsóvia, o direito interno, mais exactamente o artº. 342º, nº 2, do Código Civil, relativo, para efeitos do caso apreciado, ao ónus da prova dos factos limitativos do direito do lesado à indemnização, julgou que “[é] a ré transportadora que tem o ónus de provar os pressupostos desse limite de responsabilidade [,] ou seja, que não se verifica qualquer das circunstâncias previstas no artº. 25º da [...] convenção [de Varsóvia]”¹⁰. O Acórdão sustenta, desta forma, existir um desvio à disciplina geral da responsabilidade contratual traduzida na fixação de um limite indemnizatório, socorrendo-se, ainda e para

tais situações, o transportador deverá responder nos termos da Convenção de Varsóvia, embora de *jure condendo* defenda que a responsabilidade deveria ser tratada no âmbito da relação de emprego.

⁶ CJ, Ano V, Tomo III, 1997, p. 37-41.

⁷ Tecendo, igualmente, reparo sobre o julgamento plasmado no Acórdão do STJ de 30.09.1997, *vide* M. DA GRAÇA TRIGO, *Responsabilidade civil do transportador aéreo*, *Direito e Justiça – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa*, vol. XII, 1998, Tomo 2, p. 71-94, 74, nota 8.

⁸ CJ, Ano XXVI, Tomo II, p. 101-103, embora versando sobre o transporte aéreo de mercadoria, mas envolvendo, igualmente, perda por extravio.

⁹<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/94ff7fc70476a95680256eb7005663f3?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), pese embora versar também sobre o transporte aéreo de mercadoria, mas envolvendo, igualmente, perda por extravio.

¹⁰ CJ, Ano XXVI, Tomo II, p. 101.

o efeito, da fundamentação subjacente ao Acórdão do STJ, de 20 de Maio de 1997¹¹, que, envolvendo um caso de perda de mercadoria no âmbito da execução de um contrato de transporte internacional por estrada, e, por isso, não sujeito ao regime convencional aplicável ao transporte aéreo internacional, à data, a Convenção de Varsóvia, mas aplicando o direito interno, concluíra que “[n]a medida em que o «direito» da Ré à limitação de indemnização surge (...) como «meio de defesa», sobre ela recaía o ónus da alegação e prova – que não cumpriu – dos factos (...), donde pudesse emergir o limite indemnizatório da sua responsabilidade”¹². No segundo julgamento, do ano de 2004, relativamente a factos ocorridos, igualmente, ao abrigo da Convenção de Varsóvia de 1929, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, o mesmo tribunal de recurso julgou no sentido de que “[c]ompete ao transportador aéreo a alegação e prova dos factos limitativos da respectiva responsabilidade civil” e que “[a] falta de cumprimento desse ónus obriga o transportador a indemnizar o lesado sem a limitação prevista na Convenção de Varsóvia”. Para tal, também aqui o tribunal de recurso se socorreu da aplicação do direito interno, considerando que, para efeitos do art.º 25º da Convenção de Varsóvia de 1929, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, onde ali se preceitua que “[o]s limites de responsabilidade previstos no art.º 22 não se aplicam se se provar que o dano é resultante de uma acção ou de uma omissão da entidade transportadora ou dos seus agentes feita ou com intenção de provocar um dano ou temerariamente e com consciência de que desse facto resultará provavelmente um dano”¹³, o cumprimento do ónus da prova deveria, nos termos do art.º 342º, n.º 2, do Código Civil, recair sobre o transportador. Com efeito, o tribunal julgou que a aplicação da norma do art.º 342º, n.º 2, do Código Civil, que preceitua que “[a] prova dos factos impeditivos, modificativos, ou extintivos do direito invocado compete àquele contra quem a invocação é feita”, se impunha, a título de norma geral e complementar do regime estabelecido no art.º 25º da Convenção. Assim, tendo considerado esse incumprimento imputável à entidade transportadora, o tribunal concluiu não ter sido ilidida a presunção de culpa decorrente do art.º 799º, n.º 1, do Código Civil, o que, nos termos e para os efeitos do art.º 798º do Código Civil, permitiria concluir pela falta culposa do transportador no cumprimento da obrigação, tornando-se este responsável pelo prejuízo causado ao credor sem sujeição a qualquer limite de responsabilidade. Esta interpretação, mais uma vez, em clara violação do princípio da exclusividade da Convenção, desvirtua o modelo normativo da responsabilidade civil ali previsto ao abrigo do qual a responsabilidade civil do transportador aéreo com fundamento na mera presunção de culpa é sempre limitada. O Supremo Tribunal de Justiça acabaria por inverter o sentido desta jurisprudência que se seguira ao Acórdão do STJ de 30.09.1997, adoptando, em 2006, aquela que deve ser a interpretação correcta das convenções aplicáveis ao transporte aéreo internacional de pessoas e bens, o que fez através do seu Acórdão de 7 de Novembro de 2006, no Processo nº 06A2847 (Salreta Pereira)¹⁴, votado por unanimidade, e a que se seguiriam outras

¹¹ CJ, 1997, Tomo II, p. 84-86.

¹² *Id.*, p. 86.

¹³ Decreto-Lei nº 45069 de 12.06.1963, rectificado pela Declaração de Rectificação publicada no Diário do Governo, nº 169, Iª série, de 19.07.1963, e Aviso de ratificação publicado no Diário do Governo, nº 259, Iª série, de 05.11.1963.

¹⁴ <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/f2c82ebcc6e102b4802572910053db05?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023): “[o] transportador só responderá acima dos limites previstos no art.º 22º, n.º 2, quando o dano resultar do seu dolo ou da sua culpa, que, segundo a lei portuguesa, for equivalente ao dolo. Esta é a excepção à regra do limite da responsabilidade da Ré, cabendo ao Autor o ónus de provar a ocorrência das circunstâncias aí previstas”.

decisões em sentido semelhante, designadamente, o Acórdão de 20 de Maio de 2014, proferido no Processo nº 5808/09.9TVLSB.L1.S1 (Gregório Silva Jesus)¹⁵. No entanto, já anteriormente, em 2003, o Acórdão do TRP, de 3 de Julho de 2003, proferido no Processo nº 0320620 (Alziro Cardoso)¹⁶, viria julgar no sentido de que “[n]o transporte aéreo cabe ao transportado, para ter direito a indemnização não sujeita aos limites a que se refere o artigo 22 da Convenção de Varsóvia de 1929, o ónus de alegação e prova de factos que integrem actuação dolosa ou negligência grosseira da transportadora”, sendo que a única crítica que se pode suscitar relativamente a esta interpretação resulta do facto de que a motivação subjacente à eventual conduta do transportador ou dos seus agentes a provar pelo lesado, para efeitos de quebra dos limites de responsabilidade, terá sempre, nos termos do artº. 25º da Convenção de Varsóvia, de corresponder a uma conduta *intencional*, ainda que subsumível ao mero *dolo eventual*, pois a negligência, mesmo quando qualificada de grosseira, não releva para o efeito. Também em 2006, o Tribunal da Relação de Lisboa julgaria em sentido idêntico no seu acórdão de 21.09.2006 (Proc. 6293/2006-6 – Carlos Valverde)¹⁷: “[a] responsabilidade que para o transportador resulta do facto de não ter ilidido a presunção estabelecida no art. 20º não implica, sem mais, a prova exigida pelo art. 25º, desde logo, porque a simples não ilisão dessa presunção não significa que se tenha feito a prova do seu contrário, isto é, nem sequer significa a prova da culpa efectiva do transportador, antes se fica sem saber o que realmente se passou - se, efectivamente, o transportador actuou ou não com negligência -, impondo-se, por isso, a culpa presumida que a lei faz, quanto aos respectivos efeitos, equivaler à culpa efectiva, pelo que só a admissibilidade de que a não ilisão daquela presunção de culpa possa conduzir, não só à prova da existência desta, mas ainda à prova de uma conduta intencional do transportador com o objectivo de causar o dano ao lesado - condição necessária ao afastamento dos limites legais da sua responsabilidade - revela-se como algo que choca a razão e o senso comum”.

Outro aspecto que merece especial atenção e tratamento, já por se situar no âmbito dos *desvios* admitidos ao *princípio da exclusividade* das convenções de direito internacional público em análise, e pela relevância que o assunto assume, respeita aos direitos (*danos ressarcíveis*) que assistem ao demandante/lesado em acção de responsabilidade civil contra o transportador aéreo, em particular, no que se refere à ressarcibilidade do dano

¹⁵<http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9dd8b980256b5f003fa814/15fec722c45c6ef080257cdf0035c47d?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

¹⁶<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd88a29f7fb86e097380256de4003f06b2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

¹⁷<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/d5e72a301e47f2e9802572a000478bf3?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023). Aliás, cumpre mencionar que, em Portugal, a primeira jurisprudência superior, de que há registo, cujo sentido se mostra conforme com o disposto na Convenção de Varsóvia no que concerne à interpretação correcta do seu artº. 25º, foi produzida ao nível dos Tribunais da Relação de Lisboa e do Porto, respectivamente, em 1991 e em 1996. Neste sentido, *vide* Acórdão do TRL, de 09.07.1991 (Proc. 37261), publicado no *website* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/3b11391b057203598025680300005f9c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), em que, relativamente a uma situação de perda total de carga aérea, o tribunal julgou que, por não se ter provado o dolo, deveria ser aplicado, na fixação do montante indemnizatório, o limite de responsabilidade, e Acórdão do TRP, de 22.04.1996 (Proc. 9550985), <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fd816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), em que, relativamente a uma situação de extravio e consequente perda de bagagem registada, o tribunal julgou que a responsabilidade da transportadora aérea para com o passageiro só não teria o limite fixado no artº. 22º da Convenção de Varsóvia, modificada pelo Protocolo da Haia de 1955, se a transportadora agisse com intenção de provocar o dano ou temerariamente e com a consciência de que da sua actuação resultaria provavelmente o dano.

não patrimonial, por um lado, e à questão da sua sujeição aos limites de responsabilidade previstos nas Convenções, por outro lado. Assim, torna-se pertinente mencionar o tratamento que quer a jurisprudência nacional portuguesa, quer a jurisprudência comparada, quer a jurisprudência europeia, têm dispensado à questão.

Com efeito, e a título de enquadramento da questão, nos termos, respectivamente, do art.º 24.º da Convenção de Varsóvia, e do art.º 29.º da Convenção de Montreal de 1999, à luz dos quais se consagra o *princípio da exclusividade* de cada uma das Convenções, a que for aplicável, a determinação do *dano ressarcível* é matéria deixada, pela via da *regulação positiva*, ao direito interno que, de acordo com as normas de conflitos de direito internacional privado da *lex fori*, for considerado competente, tratando-se, por conseguinte, de realidade que integra os desvios admitidos ao referido *princípio da exclusividade*.

A aparente demissão que o legislador internacional impôs a si próprio na regulação desta matéria, não impediu, no entanto, que não deixasse de reservar para o regime convencional internacional a regulação de certos aspectos mínimos no que à determinação do dano ressarcível diz respeito.

Deste modo, tanto a Convenção de Varsóvia como a Convenção de Montreal de 1999 privilegiam a natureza compensatória do direito à indemnização, facto que conduz à inadmissibilidade de indemnizações com carácter sancionatório (*punitive damages*)¹⁸.

Um outro aspecto, que merece ser tratado como ponto assente, liga-se à não admissibilidade do *dano moral autónomo* em resultado de acidente no transporte aéreo de pessoas¹⁹.

Igualmente, em sede de responsabilidade civil por atraso no transporte aéreo, prevalece na jurisprudência comparada o entendimento de não admitir a ressarcibilidade do dano moral quando a origem da responsabilidade se situe no plano contratual, embora essa admissibilidade se conceba a título de excepção nas situações em que o objecto do contrato vise permitir à parte lesada uma satisfação do foro espiritual, ou seja, paz de espírito, condições pessoais de bem-estar, lazer, descanso, entretenimento, e prazer, gozo ou realização intelectual²⁰.

¹⁸ Este entendimento encontra suporte nos trabalhos preparatórios que conduziram à assinatura da Convenção de Varsóvia. Assim, parecem indiciar as palavras do relator Henry de Vos, no relatório apresentado ao CITEJA em 15 de Maio de 1928: «*la question a été posée de savoir si l'on ne pourrait, à cet égard, déterminer la catégorie de dommages sujets à réparation*» – *cfr. Comité International Technique d'Experts Juridiques Aériens – Compte Rendu de la 3^{ème} Session, 1928, SL, p. 106*. A mesma terminologia encontra-se expressa no relatório final do CITEJA, apresentado, mais uma vez por Henry de Vos, em 25 de Setembro de 1928, acompanhando o projecto preliminar de Convenção a submeter à discussão e votação pela conferência diplomática: “*the question was asked of knowing if one could determine who the persons upon whom the action devolves in the case of death are, and what are the damages subject to reparation. It was not possible to find a satisfactory solution to this double problem, and the CITEJA esteemed that this question of private international law should be regulated independently from the present Convention*” – R. C. HORNER, D. LEGREZ, *Second International Conference on Private Aeronautical Law*, New Jersey, 1975, p. 255. Deste modo, ao usar-se o termo *reparação*, entende-se que, no espírito do legislador, esteve presente a intenção de não estabelecer o dever de indemnizar com foros que não fossem meramente reparatórios ou compensatórios, com exclusão de toda e qualquer indemnização inspirada exclusivamente em propósitos sancionatórios ou punitivos. Este é, aliás, o sentido dominante da jurisprudência comparada – C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 435, nota 433. Relativamente à Convenção de Montreal de 1999, *vide*, a este propósito, o Considerando terceiro do Preâmbulo da Convenção, assim como o seu art.º 29.º *in fine*.

¹⁹ *Vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 508 ss. e 572-573.

²⁰ V. SERRA, *Reparação do dano não patrimonial*, BMJ, n.º 83, Fev. 1959, p. 102 ss.. Para mais desenvolvimentos *vide* também C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 362-368,

Concebe-se, também, a ressarcibilidade do dano não patrimonial em caso de dano material proveniente da destruição, perda ou avaria de bagagens, quando tal implique, igualmente, a violação de um interesse do foro psicológico, afectivo ou intelectual, ao qual a lei competente dispense tutela efectiva²¹.

nota 388. *Vide*, também, na jurisprudência, nos EUA, *Tarar v. Pakistan International Airlines*, 17 Avi 18,618 (United States District Court for the Southern District of Texas, Houston Division, 1982), que, pese embora envolver o transporte aéreo internacional de carga, não deixa, na parte relevante, de estar sujeito às mesmas regras aplicáveis ao transporte aéreo de bagagem registada à luz da Convenção de Varsóvia na sua versão original, tratando-se de julgamento relativo ao transporte aéreo de restos mortais entre os EUA e o Paquistão, que, pelo facto de se ter verificado um atraso de quatro dias na chegada ao destino, originou o adiamento das cerimónias fúnebres o que motivou que parte dos amigos e da família já não pudessem estar presentes. Foram arbitrados danos do foro não patrimonial. No entanto, em sentido contrário, negando, à luz da Convenção de Varsóvia, o direito à ressarcibilidade de danos não patrimoniais por atraso no transporte aéreo, *vide Cho v. Korean Air Lines Co.*, 28 Avi 15,502 (United States District Court for the Central District of California, 2001). Neste caso judicial, devido ao atraso, os demandantes ficaram privados de usufruir de uma parte do passeio turístico que haviam previamente adquirido e que implicava a visita a vários países asiáticos. Igualmente em *Morgan v. United Air Lines, Inc.*, 750 F.Supp. 1046; 23 Avi 17,438 (United States District Court for the District of Colorado, 1990): “(...) *mental distress due to lost vacation time [vacation delay] could not be recovered under Warsaw Convention*” (Babcock, *District Judge*, 750 F.Supp., p. 1046, 1047 e 1056); e em *Siben v. American Airlines, Inc.*, 25 Avi 17,355 (United States District Court for the Southern District of New York, 1996), julgamento relativo a atraso e avaria de bagagem registada de passageiros em lua-de-mel. Já em *Daniel v. Virgin Atlantic Airways Ltd.*, 59 F.Supp.2d 986 (United States District Court for the Northern District of California, 1998), o tribunal considerou que, embora a Convenção de Varsóvia não permitisse o ressarcimento do dano moral autónomo (do foro psicológico) resultante de atraso no transporte aéreo, sempre ao lesado assistia o direito a ser ressarcido pelo dano decorrente da inconveniência ou incómodo emergente do tempo de atraso. Em França, no julgamento *Internationale Contenaire et Transport SA (ICT) v. Comité Français des Expositions (CFE)*, [1990] I Uniform LR 415 (Cour de Cassation – France, 1989), o tribunal julgou devida compensação por danos não patrimoniais em resultado de atraso no transporte aéreo de material publicitário (carga aérea). No caso em apreço, eram alegados prejuízos decorrentes da perda de oportunidade no uso do referido material em campanha publicitária. Anteriormente, igualmente em França, arbitrando danos morais pelos inconvenientes resultantes de atraso no transporte aéreo de pessoas, *vide Souillac v. Air France*, [1965] 28 RGA 15 (Tribunal de Grande Instance de la Seine, 1re Ch., 2e Section, 1964). Em Portugal, negando a ressarcibilidade do *dano contratual não patrimonial* no contrato de transporte aéreo, *vide* Acórdão do STJ de 30.09.1997, CJ, Ano V, Tomo III, 1997, p. 37-41 (41). Todavia, em sentido contrário na jurisprudência portuguesa, julgando em sentido favorável à ressarcibilidade do *dano contratual não patrimonial* no contrato de transporte aéreo, *vide* Ac. TRP de 22.04.1996 (Processo nº 9550985 – Paiva Gonçalves), <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdff/816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023); e ainda o julgamento da Relação de Lisboa através do Ac. do TRL de 25.09.2014 (Processo nº 300/13.0YXLSB.L1-6 – António Martins), <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2400db43c4f2f2b980257d70002fbfd2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023). No mesmo sentido na Justiça da UE *vide* Ac. do TJUE de 06.05.2010 (Case C-63/09 – *Axel Walz v Clickair SA*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476748363582&uri=CELEX:62009CJ0063> (data de acesso 01.10.2023).

²¹ Será, por exemplo, o caso da profanação de cadáver ocorrida durante o período de transporte aéreo de restos mortais – *vide Johnson v. American Airlines*, 20 Avi 18,248; 834 F.2d 721 (United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, 1987), embora, neste caso judicial, pese embora também o facto de se tratar de carga aérea, o tribunal não tenha chegado a apreciar a questão de mérito por ter julgado procedente a excepção de ilegitimidade dos demandantes. Outros exemplos são também habitualmente referidos na doutrina como seja o caso da morte, ocorrida durante o período de transporte aéreo, de animal doméstico de elevado valor afectivo, ou, ainda, a perda, destruição ou avaria de peça de arte original e única ou de qualquer outro objecto de grande valor estimativo. *Vide* C. MENDES, *Direito Civil – Teoria Geral*, vol. I, Lisboa, 1995, p. 132. Admitindo, no âmbito da previsão normativa da Convenção de Montreal de 1999, a ressarcibilidade quer do dano material, quer do dano moral, por perda de bagagem, *vide* Ac. do TJUE de 06.05.2010 (Case C-63/09 – *Axel Walz v Clickair SA*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476748363582&uri=CELEX:62009CJ0063> (data de acesso 01.10.2023). No

Deste modo, em jeito de síntese preliminar, cumpre destacar três vectores essenciais em que assenta a finalidade garantística quer do Sistema de Varsóvia, quer da Convenção de Montreal de 1999, mormente quanto à problemática da ressarcibilidade do dano:

- a) consagração, seja na forma implícita ou expressa, do *princípio da restituição* ou *função reparatória* o que impede que sejam arbitradas indemnizações com carácter sancionatório (*regulação negativa*);
- b) não ressarcibilidade do *dano não patrimonial autónomo*, o que constitui consequência da definição dos pressupostos mínimos da responsabilidade no transporte aéreo de pessoas com fundamento em acidente e no transporte aéreo de bagagem registada com fundamento em dano resultante de perda, destruição ou avaria (*regulação negativa*);
- c) consagração do *princípio da intervenção mínima* no que ao restante se refere em matéria de determinação do dano ressarcível (*auto-exclusão da função de regulação positiva*).

Outra questão, que se tem colocado com alguma frequência nesta sede, é, em especial no caso de atraso no transporte aéreo, a da responsabilização do transportador não só por *danos emergentes* (facto este que é ponto assente sempre que o lesado faça prova dos

mesmo sentido, nos tribunais portugueses, *vide* Ac. TRP de 22.04.1996 (Processo nº 9550985 – Paiva Gonçalves), reconhecendo a ressarcibilidade do dano não patrimonial ao abrigo da Convenção de Varsóvia e a sujeição da reparação por danos não patrimoniais ao limite da responsabilidade previsto naquela Convenção em resultado de perda de bagagem registada: «tal limite vale também quanto a todos os danos resultantes das consequências da perda da bagagem, não sendo aplicável tão só ao valor material da mesma bagagem», acessível no *website* do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça *in* <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023); Ac. do TRL de 25.09.2014 (Processo nº 300/13.OYXLSB.L1-6 – António Martins): “*O termo «dano» utilizado na Convenção inclui tanto os danos materiais como os danos morais*”, aplicando a Convenção de Montreal de 1999 a um caso de extravio e perda de bagagem registada ocorrido ao abrigo de contrato de transporte aéreo internacional entre Lisboa (Portugal) e Fortaleza (Brasil) com escala na Cidade da Praia (Cabo Verde), disponível no *website* <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2400db43c4f2f2b980257d70002fbfd2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023); Ac. do TRL, de 29.04.2010 (Proc. 4324/06.5TVLSB – Silva Santos), publicado no *website* do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/2d8cbda92ee8b6378025774a0039f106?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023), reconhecendo *obiter dictum* a ressarcibilidade do dano não patrimonial num caso de perda por extravio de bagagem registada de passageiros em viagem de lazer. Ainda em Portugal, decidindo pela não ressarcibilidade do dano não patrimonial a favor de sociedade comercial, não porque a Convenção de Montreal de 1999 não o permitisse, mas pelo tipo de pessoa colectiva em causa ser de natureza jurídica orientada para a obtenção do lucro, pelo que “*o bom nome e a reputação apenas interessa na medida em que contribuem para a obtenção de vantagens económicas. Assim, a sua ofensa apenas pode produzir um dano patrimonial indirecto, ou seja, um reflexo negativo na potencialidade de lucro a auferir, não sendo, pois, susceptível de indemnização por danos estritamente morais, que apenas afectam os indivíduos com personalidade moral*” *vide* Ac. do TRL de 08.11.2011 (Processo nº 4694/04.0TCLRS.L1-7 – Rosa Ribeiro Coelho) publicado no *website* do ITIJ, <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/6c2b5b017f48e16a8025796b00566081?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

danos sofridos)²², mas também por *lucros cessantes* (“*lost profits*”)²³. Este último tipo de danos é susceptível de enquadramento normativo como dano consequencial, sendo que, normalmente, as condições gerais do transportador aéreo tendem a afastar essa responsabilidade. Todavia, para além do tratamento jurídico que as respectivas condições gerais contratuais de transporte estabelecidas pelo transportador possam, em especial nesta matéria, vir a merecer ao abrigo do regime jurídico das cláusulas contratuais gerais²⁴, é, igualmente, nosso entendimento que, quer a Convenção de Varsóvia, quer a Convenção de Montreal de 1999, não excluindo a responsabilidade do transportador por danos consequenciais, não deve este poder fazê-lo, por meio de regulamento ou norma de adesão contratual, tanto mais que, se assim fosse, ficaria prejudicado o disposto no art.º 23º, nº 1, da Convenção de Varsóvia, e no art.º. 26º da Convenção de Montreal de 1999, onde, em ambos os casos, se estatui que as disposições destinadas, ou toda a cláusula tendente, a exonerar o transportador da sua responsabilidade ou a estabelecer ou a fixar um limite inferior ao que está previsto ou fixado na Convenção são nulas, ou é aquela nula, e de nenhum efeito²⁵.

Com efeito, constituem danos ressarcíveis todos os danos cronologicamente sobrevindos ao facto causal e que tenham sido por este causados segundo uma relação de *nexo de causalidade adequada*. Considera-se existir *causalidade adequada* quando o dano constitua consequência normal, ordinária, típica ou provável de certo facto abstractamente considerado (*efeito adequado*). Na formulação do juízo abstracto de adequação devem ser tomadas em consideração: (a) as circunstâncias reconhecíveis à data do facto por observador experiente; e (b) as circunstâncias efectivamente conhecidas do lesante. No que concerne aos lucros cessantes ou danos subsequentes não se exige que haja previsibilidade destes danos como efeito adequado de certo facto por parte do autor desse facto. A previsibilidade do dano é imprescindível quando a responsabilidade dependa de culpa e se refira ao dano emergente. No caso dos danos consequenciais ou lucros cessantes é apenas essencial que, quanto a estes, o facto constitua causa *objectivamente adequada*²⁶. Todavia, para efeitos da determinação do dano indemnizável é também necessário ter em consideração o fim tutelado seja pelo contrato, seja pela norma legal de protecção, consoante se trate de responsabilidade contratual ou de responsabilidade extracontratual, respectivamente. Tal implica, em primeiro lugar, a necessidade de identificar os interesses tutelados quer pelo fim do contrato, quer pelo fim

²² Será o caso, por exemplo, no contrato de transporte sucessivo, do reembolso das despesas de alojamento directamente resultantes da perda dum voo de ligação por atraso verificado no voo anterior. Para estes efeitos, a jurisprudência, normalmente, apenas considera existir transporte sucessivo quando ambas as partes – isto é, passageiro e transportador – tenham assumido esse transporte como uma única operação. Por conseguinte, tal não se verificará quando sejam adquiridas passagens aéreas separadas de cujo encadeamento o transportador não tenha conhecimento. Neste sentido, nos EUA, *vide Karfunkel v. Compagnie Nationale Air France*, 14 Avi 17,674, 427 F.Supp. 971 (United States District Court for the Southern District of New York, 1977); *Hernandez v. Aeronaves de Mexico*, 18 Avi 18,227 (United States District Court for the Northern District of California, 1984); e *Nahm v. SCAC Transport*, 21 Avi 17,478 (Illinois Appellate Court, Fourth Division, 1988).

²³ Por exemplo, a perda duma oportunidade de negócio.

²⁴ *Vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 144-145, nota 134, e p. 579, nota 569.

²⁵ Embora, nos termos dos referidos preceitos seja da Convenção de Varsóvia, seja da Convenção de Montreal de 1999, a nulidade duma tal cláusula constitua apenas uma invalidade parcial do contrato de transporte, pelo que, no restante, não envolve a nulidade do contrato que continuará sujeito às disposições daquela Convenção (*favor negotii* ou *princípio da redução e aproveitamento do negócio jurídico*).

²⁶ A. VARELA, *Das Obrigações em geral*, vol. I, Coimbra, 2000, p. 895.

da norma. Em segundo lugar, tal significa que apenas os danos causados a esses interesses, porque situados dentro da órbita do fim do contrato ou da norma de protecção, são passíveis de reparação.

Conjugados os critérios do *nexo de causalidade adequada* e do *fim tutelado* chega-se à conclusão daquilo que deverá ser o dano consequencial indemnizável em sede de contrato de transporte aéreo. Embora tanto a Convenção de Varsóvia como a Convenção de Montreal de 1999 contenham normas de protecção visando tutelar interesses imediatos como seja a reparação do dano resultante de atraso, ou a reparação do dano resultante da morte ou de ofensa à integridade física do passageiro, ou ainda a reparação do dano resultante de avaria, perda ou destruição da bagagem registada, o exercício de exegese jurídica com vista à determinação do dano consequencial deverá ser feito de *jure constituto* à luz do direito interno nacional competente segundo determinação da *lex fori*²⁷.

Em função do exposto, cumpre, no entanto, sublinhar que a jurisprudência comparada, produzida nos diferentes Estados partes contratantes das convenções de *jus tractuum* vigentes na matéria, tem tratado a questão da ressarcibilidade do dano consequencial de forma não uniforme, como, aliás, seria previsível face à remissão do problema para os direitos nacionais²⁸. Da análise das decisões que, em geral e nesse âmbito, têm sido

²⁷ Cfr. artº. 24º da Convenção de Varsóvia e artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999.

²⁸ Nos EUA, arbitrando indemnização por danos consequenciais e decretando inválida a norma do contrato de transporte que estabelecia a irresponsabilidade do transportador por danos indirectos, *vide Saiyed v. Transmediterranean Airways*, 16 Avi 17,835 (United States District Court for the Western District of Michigan, Southern Division, 1981), julgamento relativo a atraso no transporte aéreo de mercadorias que haviam sido importadas do Paquistão para serem vendidas durante a época natalícia. O demandante viera alegar lucros cessantes (*lost profits*). Ainda nos EUA, embora respeitante a julgamento não sujeito à aplicação da Convenção de Varsóvia, *vide Daun v. Sun Aire Airlines*, 17 Avi 17,536 (San Francisco Municipal Court, California, 1982). Neste caso judicial, relativo a transporte aéreo doméstico de passageiros, o demandante, médico de profissão, viajara de Los Angeles para Palm Springs, California, onde iria participar num congresso médico a realizar no dia seguinte. À chegada, a sua bagagem não lhe foi entregue. No dia seguinte e continuando sem a possibilidade de dispor da bagagem, o demandante viu-se forçado a adquirir vestuário novo, vindo em juízo reclamar o reembolso das despesas assim efectuadas, bem como compensação por danos consequenciais resultantes do incómodo, inconveniência e desconforto da situação gerada pela falta da sua bagagem. O tribunal julgou procedente o pedido. Igualmente, no Canadá, em *Vassallo and Clare v. Trans Canada Air Lines*, [1963] 38 DLR (2d) 383; [1964] 27 RGA 172 (Ontario High Court, Canada, Toronto, 1963), julgamento relativo ao atraso no transporte aéreo de peças de vestuário importadas de Itália para revenda antes do início da estação da Primavera, visto que o tipo de cliente alvo tinha por hábito, durante o mês de Março, ausentar-se para o Sul em cruzeiro. O tribunal julgou devida indemnização por danos directos e indirectos, reconhecendo o direito dos demandantes a serem reembolsados da diferença entre o preço de mercado à data em que os bens deveriam ter sido entregues e o preço de venda efectiva fora da estação para a qual aqueles eram esperados. Também, no Reino Unido, em *Panalpina v. Densil Underwear*, [1981] 1 Lloyd's Rep 187 (Queen's Bench Division, 1980). Neste caso judicial, a demandada, sendo uma empresa exportadora, havia contratado à demandante, empresa transitária, o transporte com destino a Lagos, na Nigéria, de vários volumes contendo vestuário destinado a revenda durante a época natalícia. Para o efeito a demandante, na qualidade de expedidor, contratou o transporte à companhia aérea Cargolux. Devido a atraso no transporte, os bens apenas chegaram ao destino a 18 e 21 de Dezembro, tendo o destinatário recusado a sua aceitação por considerar a entrega tardia para permitir que a mercadoria fosse escoada durante a época natalícia. Como o frete não havia sido pago, a demandante interpôs acção judicial com vista a obter o reembolso daquele. Em reconvenção, a demandada veio reclamar lucros cessantes que se traduziram na perda de oportunidade de negócio devido ao atraso verificado no transporte. O tribunal considerou devida a reparação de tais danos por compensação com o valor do frete. Na fundamentação, o tribunal considerou que os danos indirectos apenas são indemnizáveis desde que pelo agente sejam conhecidas ou reconhecíveis as circunstâncias envolventes que permitam a sua previsibilidade ou contemplação: "(...) *as to remoteness of damage* (...) [t]he claim here is for a large

sum of money reflecting a fall in the value of the goods because they missed the Christmas market. (...) this is clearly an item of damage which is too remote in the ordinary course of events and can only be claimed if it was reasonably within the contemplation of the parties because the party to be charged had been given information which enabled him to appreciate that this kind of damage would flow. (...) There was information given to the plaintiffs from which they could reasonably contemplate that the damages, if there were damages for delay, would be swelled by the loss of the Christmas market” (His Honour Judge Fay, id., p. 191). Anteriormente, e ainda no seio da justiça inglesa se bem que não respeitando a julgamento ao qual fosse aplicável a Convenção de Varsóvia, vide *Hobbs v. London & South Western Railway Co.*, (1875) L.R. 10 Q.B.; *The Digest - Annotated British, Commonwealth and European Cases*, London, 1989, Vol. 8(1), p. 254, § 1688; *The Digest*, cit., London, 1994, vol. 17(2), p. 99, § 660 (Court of Queen’s Bench, 1875), em que o tribunal julgou não devida indemnização pelo dano indirecto provocado no estado de saúde da demandante que, por incumprimento de contrato de transporte ferroviário, fora obrigada a caminhar, entre 4 a 5 milhas, durante cerca de três horas até ao destino que havia contratado, à noite e sob chuva intensa miudinha, facto que lhe causaria gripe, obrigando-a a ficar acamada e a suportar despesas médicas. Na fundamentação, o tribunal considerou não haver nexo de causalidade adequada (*proximate cause*) entre o incumprimento contratual e o dano alegado (*remote cause*); *Hamlin v. Great Northern Railway Co.*, [1856] 1 H & N 408 (Courts of Exchequer & Exchequer Chamber, 1856), em que o tribunal apenas considerou indemnizável o dano patrimonial emergente. O demandante que se havia deslocado em viagem de negócios vinha também alegar lucros cessantes (*lost profits*) por incumprimento do contrato de transporte: “(...) *he had no right to cast upon the Company the remote consequences of remaining the night at Grimsby; that, not having communicated to the Company his intention of proceeding from Hull to Driffield, he could not recover damages for having been prevented from doing so; that he was entitled to the fare paid from Great Grimsby, and perhaps (...) for his bed and refreshment” (id., p. 409).* Em Espanha, em *Perez and Torralba v. Pan Am* (Rec.74/89), [1990] II Uniform LR 377 (Tribunal Supremo de España, 1990), reconhecendo o direito ao ressarcimento de lucros cessantes desde que se trate da frustração de proventos certos – e, por isso, não meramente contingentes –, e se situem os mesmos numa relação de causalidade adequada face ao facto danoso: “(...) *la alegación del lucro cesante exige no solo la posibilidad de haber podido obtener ganancias en caso de no haberse producido el evento causante de los daños, sino (...) los perjuicios o lucro cesante han de apreciarse restrictivamente y ha probarse rigurosamente que se dejaron de obtener las ganancias, sin que sean dudosas o contingentes y solo fundadas en esperanzas; además, según la misma doctrina, ha de guardar la debida relación de causa a efecto; requisitos que no se han probado en la litis, por lo que este motivo (...) ha de ser desestimado” (id., p. 389).* Em França, negando o direito à reparação do dano consequencial, vide *Messrs. P. et G. Perregre v. Swissair and Caisse Assurance Maladie Région Parisienne*, [1986] 21 Eur Tr L 435 (Cour de Cassation de France, 1986) julgando indevida a indemnização pelas despesas inerentes ao processo de sucessão hereditária de vítima mortal de acidente aéreo. Igualmente, na Suíça, em *Engeli, Pahud et Bigar v. Compagnie Swissair*, [1955] 9 RFDA 335 (Tribunal de 1re Instance de Genève, 1955), julgamento referente a atraso no transporte aéreo de mercadorias. No caso em apreço, um gabinete de arquitectos havia despachado uma caixa contendo uma proposta para participação em concurso internacional de arquitectura visando o estabelecimento de plano de reconstrução da cidade de Izmir na Turquia. O prazo limite para entrega das propostas terminava a 15 de Dezembro de 1951. Os demandantes procederam ao despacho junto do transportador a 28 de Novembro de 1951. A 9 de Abril de 1952 a caixa foi entregue ao destinatário, não tendo a proposta sido admitida a concurso por se mostrar extemporânea. Embora à data da ocorrência dos factos a Turquia não fosse parte contratante da Convenção de Varsóvia, o tribunal considerou competente a lei suíça, à luz da qual julgou devida indemnização por danos emergentes, calculados, em parte, com base no tempo de preparação da proposta, mas negou que fosse devida indemnização por danos consequenciais (lucros cessantes). Com efeito, o tribunal considerou que nada podia assegurar a certeza de que, se os demandantes tivessem participado no concurso, lhes seria garantido o primeiro lugar. Deste modo, supondo que os demandantes houvessem sido admitidos a participar no referido concurso mas que, em todo o caso, a sua proposta acabasse por não ser seleccionada como proposta vencedora, o dano alegado existiria sempre, pelo que o atraso no transporte não constituía causa adequada do insucesso no resultado do concurso: “[a]insi on ne peut considérer qu’il y a un rapport de causalité adéquate entre la mauvaise exécution du contrat de transport (...) et le dommage allégué” (*id.*, p. 344). Em Portugal, numa situação semelhante de atraso culposos na entrega de correspondência, implicando cumprimento defeituoso do contrato, o tribunal julgou devido o direito à indemnização, considerando que o dano reparável não se encontra restrito ao preço do transporte nem corresponde aos lucros que resultariam do negócio não realizado, por entrega extemporânea da proposta concursal, mas configura-se como a perda de uma oportunidade, pelo que se deveria atender à

proferidas, é possível concluir em síntese pela identificação de três vectores informadores em que, naquelas, tem assentado a respectiva fundamentação para efeitos de relevância do dano consequencial, a saber, (1º) *previsibilidade* ou *contemplação* pelas partes do efeito provável; (2º) *nexo de causalidade adequada* entre o facto e o dano; e (3º) *fim tutelado* pelo contrato. Em Espanha, a jurisprudência superior valoraria ainda a característica da *certeza* ou *verificação necessária* ou *obrigatória* do lucro ou benefício indirecto, cuja frustração o facto danoso haja provocado.

O aspecto fundamental a reter prende-se, no entanto, com o princípio de que o regime de responsabilidade decorrente quer do Sistema de Varsóvia, quer da Convenção de Montreal de 1999, não permite afastar a ressarcibilidade do dano consequencial quando este seja indemnizável à luz do direito declarado competente por efeito de aplicação da Convenção.

Por último, a questão, que importa suscitar a final, respeita à sujeição do *dano não patrimonial* aos limites de responsabilidade previstos nas Convenções. Esta questão tem sido tratada por alguma jurisprudência comparada com resultados não coincidentes. Em Portugal, a jurisprudência dos tribunais portugueses tem-se orientado para a aplicação dos limites de responsabilidade sem distinção do tipo de danos a ressarcir. É disso exemplo o Ac. TRP de 22.04.1996 (Processo n.º 9550985 – Paiva Gonçalves), que, numa situação controvertida de perda de bagagem registada, para além de reconhecer a ressarcibilidade do *dano não patrimonial* ao abrigo da Convenção de Varsóvia, julgaria no sentido de que a reparação por danos não patrimoniais não deveria escapar à sujeição ao limite da responsabilidade previsto naquela Convenção: “*tal limite vale também quanto a todos os danos resultantes das consequências da perda da bagagem, não sendo aplicável tão só ao valor material da mesma bagagem*”²⁹. No mesmo sentido na Justiça da UE julgaria o Ac. do TJUE de 06.05.2010 (Case C-63/09 – *Axel Walz v Clickair SA*)³⁰: “[o] conceito de «dano», subentendido no artigo 22.º, n.º 2, da Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional, celebrada em Montreal, em 28 de Maio de 1999, que fixa o limite da responsabilidade da transportadora aérea pelo prejuízo resultante, designadamente, da perda de bagagens, deve ser interpretado no sentido de que abrange tanto o dano material como o dano moral”, concluindo que “os diferentes limites de indemnização mencionados no capítulo III da Convenção de Montreal, incluindo o fixado no artigo 22.º, n.º 2, desta Convenção, devem ser aplicados à totalidade do prejuízo causado, independentemente da sua natureza material ou moral” pelo que “o limite da responsabilidade da transportadora aérea pelo prejuízo resultante

possibilidade de êxito da autora no concurso, em função, nomeadamente, do número de concorrentes e à inerente probabilidade de obtenção dos lucros que resultariam do negócio não realizado. Assim, tendo ficado provado que a proposta elaborada pela autora era, na maioria dos casos, aquela que oferecia melhores preços, menores prazos de entrega e maiores garantias, seria suficientemente seguro afirmar que as propostas elaboradas pela autora e por uma outra concorrente eram indiscutivelmente melhores que as restantes apresentadas pelos demais concorrentes, pelo que o tribunal considerou legítimo concluir, segundo critérios da experiência comum que, caso tivesse sido admitida a concurso, a autora teria, na realidade, uma probabilidade de adjudicação não inferior a 50% e, como tal, o dano indemnizável haveria de consistir em 50% dos lucros que resultariam do negócio não realizado – *cf.* Ac. do TRL de 10.11.2005 (Proc. 9805/2005), publicado no *website* do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/193d04733825e1f2802570ce003b92e2?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

²⁹<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/816c01ea55c489af8025686b0066d40c?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023).

³⁰http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476748363582&uri=CELEX:62009CJ0063_(data de acesso 01.10.2023).

da perda de bagagens, previsto no referido artigo, é (...) um limite absoluto que cobre tanto o dano moral como o dano material” (Sumário do acórdão e §§ 37, 38 e 39). Entendemos que esta é a interpretação correcta a fazer quer da Convenção de Montreal de 1999, quer da Convenção de Varsóvia de 1929. Na verdade, e conforme se defendeu *supra* seja a propósito da amplitude e desvios admitidos ao *princípio da exclusividade*, seja, nessa esteira, a propósito do *princípio da intervenção mínima* do regime convencional internacional no que se refere à determinação do dano ressarcível, o objecto principal em matéria de responsabilidade civil quer da Convenção de Montreal de 1999, quer da Convenção de Varsóvia de 1929, é definir um regime de responsabilidade civil que, constituindo a superação da *summa divisio* entre responsabilidade obrigacional (contratual) e responsabilidade aquiliana, seja um regime *especial, uniforme, universal, e exclusivo*, e no qual se prevê a limitação da responsabilidade civil do transportador aéreo. A determinação qualitativa do dano ressarcível não foi preocupação principal do alcance regulatório do legislador internacional através da sua regulação pela *via positiva*, domínio em que aquele se limitou a estabelecer um regime informado pelo *princípio da intervenção mínima*, e apenas estabelecendo pela via da *regulação negativa* a observância de certos ditames fundamentais, mediante a consagração no texto normativo de dois princípios, ou seja, o *princípio da restituição* ou *função reparatória* que exclui a obrigação de pagamento de indemnizações com fins punitivos ou sancionatórios (*punitive damages awards*) e o *princípio do dano material mínimo* que exclui a ressarcibilidade do *dano não patrimonial autónomo/perigo de dano*, ou seja, do *dano não patrimonial desassociado de dano material ou físico*³¹.

³¹ Em sentido diferente na jurisprudência superior do Brasil, *vide* Acórdão do Supremo Tribunal Federal (STF), de 25.05.2017, Processo nº RE 636.331/RJ (Gilmar Mendes), acessível em stf.jus.br/portal/autenticacao/ sob o número 13394583, decidindo que a limitação imposta pelos acordos internacionais (Convenção de Varsóvia de 1929 e Convenção de Montreal de 1999) alcança tão somente a indemnização por dano material, e não a reparação por dano moral. Nos termos da fundamentação do Acórdão, essa exclusão justifica-se porque a disposição do artº. 22º de qualquer das Convenções não faz qualquer referência à reparação por dano moral, e também porque a imposição de limites quantitativos pré-estabelecidos não parece condizente com a própria natureza do bem jurídico tutelado, nos casos de reparação por dano moral. Ainda de acordo com a fundamentação do Acórdão, corrobora essa interpretação da inaplicabilidade do limite do *quantum* indemnizatório às hipóteses de dano moral a previsão do artº. 22º que permite ao passageiro emitir “declaração especial” do valor da bagagem, como forma de eludir a aplicação do limite legal de responsabilidade, concluindo que se pode o passageiro afastar o valor limite da responsabilidade do transportador aéreo mediante informação do valor real dos pertences que compõem a bagagem, então, não há dúvidas de que o limite imposto pela Convenção diz respeito unicamente à importância desses mesmos pertences e não a qualquer outro interesse ou bem, mormente os de natureza intangível. Em função de semelhante interpretação, o Tribunal Superior julgou aplicável o limite de responsabilidade apenas aos danos materiais, mas não aos danos não patrimoniais. Comentando a jurisprudência do STF a este propósito *vide* F. REZEK, *O Transporte Aéreo Internacional ante a Justiça do Brasil*, *Revista do Advogado*, Ano XXXIX, nº 142, Junho de 2019, São Paulo, Brasil, p. 32-40 (37); O. MARQUEZ, *La importancia del Convenio de Montreal de 1999 para un desarrollo consistente del transporte aéreo internacional y la necesidad de un sistema armonizado de reglas en materia de responsabilidad civil*, *Revista do Advogado*, Ano XXXIX, nº 142, Junho de 2019, São Paulo, Brasil, p. 108-114 (113); R. BERNARDI, *A Convenção de Montreal, o Tema nº 210 e sua ‘ratio decidendi’*, *Revista do Advogado*, Ano XXXIX, nº 142, Junho de 2019, São Paulo, Brasil, p. 115-128 (116, 117, 118, 121, 122, 123, 124, 126, 127).

IV. Dos aspectos críticos inerentes à jurisprudência comparada que pugna pela aplicabilidade à Convenção de Montreal de 1999 da *doctrine of complete preemption*

No sentido oposto à situação crítica, enunciada no ponto anterior, de não observância do *princípio da exclusividade* das Convenções de direito internacional público em análise, e a padecer igualmente de análise crítica, poderá estar, numa perspectiva de uniformização da jurisprudência comparada, a aplicação do referido *princípio da exclusividade* interpretado de acordo com a *doctrine of complete preemption*.

Na jurisprudência portuguesa, essa orientação não tem registo, situando-se o histórico dos aspectos críticos da actividade jurisprudencial no sentido precisamente oposto, conforme se viu.

Assim, tal como se referiu *supra*, o quadro jurídico introduzido pela Convenção de Montreal no que diz respeito à responsabilidade civil do transportador aéreo – dando nesse âmbito continuidade à Convenção de Varsóvia – está sujeito ao *princípio da exclusividade*, o que significa que a Convenção prevê a solução exclusiva em caso de responsabilidade civil do transportador aéreo. Isto significa também que o regime de responsabilidade previsto na Convenção, embora tratando-se de regra especial (*special rule*), não permite aos tribunais aplicar o direito interno como regra geral subsidiária. Pelo contrário, ao estabelecer um regime exclusivo, a Convenção produz o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) do direito interno e, assim, faz do regime de responsabilidade civil do transportador aéreo ao abrigo da Convenção regra *especial, uniforme, universal e exclusiva*.

No entanto, o entendimento desta questão haverá de fazer-se no sentido de que a solução exclusiva (*exclusive remedy*) só se aplica à responsabilidade civil do transportador aéreo quando o dano ocorra no âmbito do quadro jurídico material da Convenção, independentemente, do fundamento da responsabilidade civil poder ser de natureza obrigacional, ou não, ou seja, ser aquela fundada no contrato de transporte aéreo ou em acto ilícito ou em qualquer outra causa – artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999. Com efeito, o objectivo do legislador internacional, subjacente à Convenção, não foi o de qualificar se a responsabilidade civil do transportador aéreo deveria ser contratual ou extracontratual (não obrigacional), mas, substituindo-se essa *summa divisio*, prever um regime de responsabilidade *especial e exclusivo*, capaz de garantir *uniformidade universal* (*universal certainty*) no âmbito do seu objecto relevante (*substantive scope*). Esta é a razão pela qual a Convenção é, formalmente, denominada *Convenção para a Unificação de Certas Regras Relativas ao Transporte Aéreo Internacional* (*Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air*), não se pretendendo que o seu escopo seja a unificação de todas as regras em matéria de responsabilidade civil, ou seja, que deva ser um regime *total*³².

Tal significa que o regime de responsabilidade civil regulado pela Convenção que ao caso seja aplicável (Sistema de Varsóvia ou Convenção de Montreal de 1999) não deverá impedir a aplicação de eventuais regras de protecção do direito interno que, de acordo com as normas de conflito da *lex fori* for considerado competente, sempre que as *causas e os pressupostos típicos da responsabilidade* (*typical causes and preconditions or circumstances of liability*) previstos e regulados pela Convenção não estejam na base (*causa efectiva*) da responsabilidade civil do transportador aéreo (*effective cause of damage*). Assim, se, por exemplo, a causa do dano (*causa-de-pedir*) for totalmente alheia

³² Vide C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 447-449, nota 438; p. 456-463; p. 465, nota 462; e p. 667-676.

às *causas e aos pressupostos típicos da responsabilidade*³³ previstos e regulados na Convenção, situando-se fora do seu '*substantive scope*' (*amplitude material*), não existe, ao abrigo da Convenção considerada aplicável à relação jurídica de transporte, fundamento, com base no *princípio da exclusividade* da Convenção, para que o tribunal possa recusar a aplicação, à relação jurídica controvertida trazida a juízo, do regime geral de responsabilidade civil de direito interno que for aplicável³⁴.

Deste modo, se é necessário que os factos que estão na origem da responsabilidade se situem no âmbito do *substantive scope* da Convenção, a fim de que o regime de responsabilidade previsto na Convenção seja considerado *exclusive remedy*, a chave para a resolução da questão residirá na determinação da sua amplitude.

A fim de concretizar tal objectivo, dois desafios cumulativos se colocam ao intérprete: (1) o primeiro é, de acordo com o artº. 1º da Convenção a aplicar, verificar se se preenchem os *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção à relação jurídica de transporte; e (2) o segundo é verificar se, cumulativamente, também se preenchem os *pressupostos do efeito preclusivo* da Convenção que antes, fruto do primeiro exercício, se concluiu ser aplicável. O primeiro exercício visa determinar a aplicabilidade da Convenção à relação jurídica de transporte, mas não permite concluir pela subsunção dos factos que fundamentam a responsabilidade à *amplitude material (substantive scope)* da Convenção considerada competente. Com efeito, este primeiro exercício interpretativo serve apenas para determinar se a relação jurídica de transporte aéreo consubstancia uma operação de transporte aéreo internacional à qual a Convenção deva ser aplicável, não sendo, só por si, suficiente para concluir que os factos se enquadram no âmbito da *amplitude material (substantive scope)* da Convenção para efeitos aplicação do regime de responsabilidade civil por esta regulado. Desta forma, o segundo exercício é

³³ Constituem *causas típicas* da responsabilidade civil do transportador no transporte aéreo internacional de pessoas, ao abrigo seja da Convenção de Varsóvia de 1929, seja da Convenção de Montreal de 1999, a ocorrência, na execução do contrato, de *acidente* ou de *atraso* à chegada. Por sua vez, no transporte aéreo internacional de bagagem registada, ao abrigo das mesmas Convenções, constituem *causas típicas* da responsabilidade civil do transportador aéreo, a ocorrência, na execução do contrato, de *facto ou evento danoso* ou de *atraso* na entrega da bagagem. Por outro lado, constituem *pressupostos típicos do efeito preclusivo (preemptive effect)* do direito interno no transporte aéreo internacional de pessoas, de acordo com as referidas Convenções, o *acidente* ter ocorrido a bordo ou durante as operações de embarque ou de desembarque, e, no caso do transporte aéreo internacional de bagagem registada sujeito a qualquer das Convenções, que a bagagem se encontre à guarda do transportador aéreo, sendo que, se for aplicável a Convenção de Varsóvia de 1929 (com excepção da versão alterada pelo Protocolo Adicional nº 4 de Montreal de 1975), tal custódia terá que ocorrer num aeródromo, porém, sem desconsiderar, para o efeito, as aterragens fora de um aeródromo – C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 463-556, 579-584 e 667-669, e ID., *Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros*, cit., p. 299-319.

³⁴ Nesse sentido, nos EUA, *Rogers v. American Airlines, Inc.*, 28 Avi. 15,812 (United States Court for the Northern District of Texas, Dallas Division, 2001): o tribunal julgou que a Convenção de Varsóvia não preclude a aplicação de norma interna reguladora do incumprimento contratual em acção judicial instaurada contra o transportador aéreo que, alegadamente, teria incumprido com o dever de informação dos passageiros sobre a exigência de passaporte para o filho de ambos, em idade infantil, que os acompanhava na viagem, omissão essa que esteve na origem da recusa de embarque em voo de ligação internacional e consequente regresso forçado aos EUA. O tribunal, citando e distinguindo a jurisprudência proferida em *El Al Israel Airlines, Ltd. v. Tseng*, 26 Avi 16,141 (United States Supreme Court, 1999), sustentou que só quando as acções judiciais, interpostas ao abrigo da lei estadual, caem no âmbito do "*substantive scope*" da Convenção de Varsóvia, deve o tribunal recusar, com fundamento no *princípio da exclusividade* da Convenção, o seu julgamento ao abrigo da lei estadual interna. Também na doutrina, vide R. H. MANKIEWICZ, *The Liability Regime of the International Air Carrier*, London, 1981, p. 2 e 13; e E. GIEMULLA, *Montreal Convention*, annotated by Elmar Giemulla, Ronald Schmid, Wolf Müller-Rostin, Regula Dettling-Ott and Rod Margo, The Netherlands, 2017, *Introduction*, p. 18, § 37.

fundamental para determinar se os factos se enquadram no âmbito da *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção, e, conseqüentemente, para concluir se se verificam os *pressupostos do efeito preclusivo* (*preemptive effect*) do direito interno e que está subjacente ao *princípio da exclusividade* de qualquer das Convenções.

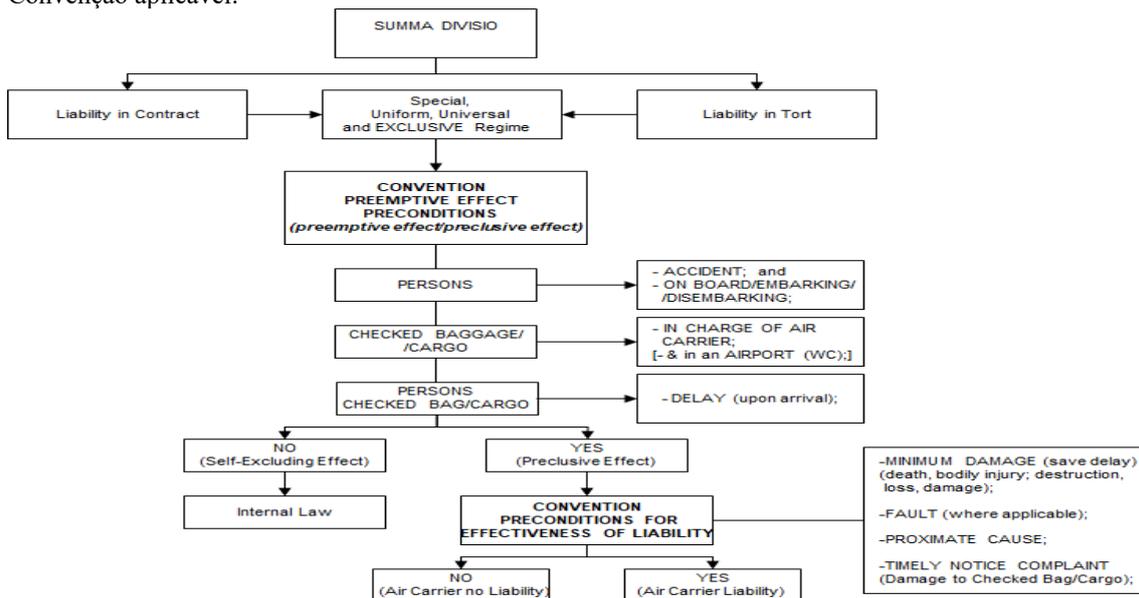
Assim, enquanto o primeiro exercício é fundamental para identificar se existe um regime regulatório internacional que deva ser aplicável a certa relação jurídica de transporte aéreo internacional (verificação dos *requisitos ou pressupostos de aplicabilidade* da Convenção), o segundo exercício é crucial para identificar qual a norma de responsabilidade civil aplicável, ou seja, qual o regime de responsabilidade civil a aplicar, a saber, se o regime de responsabilidade civil previsto na Convenção enquanto *exclusive remedy* se for de operar o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*), ou se, não sendo esse o caso, o regime de responsabilidade civil do direito interno considerado competente (não verificação dos *pressupostos do efeito preclusivo* previstos na Convenção que for aplicável e conseqüente *efeito de auto-exclusão* desta). Ambos os exercícios e tipologia de pressupostos ora referidos servem para, de forma sucessiva, determinar a *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção e a aplicabilidade do *princípio da exclusividade* da Convenção aplicável. A verificação dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção apenas determina a *amplitude formal* (*scope of application*) da Convenção e não a sua *amplitude material* (*substantive scope*).

Para além do exercício de verificação quer dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção, quer dos *pressupostos do efeito preclusivo*, e sempre que este último efeito operar, impõe-se, igualmente, que se proceda à verificação do preenchimento dos *pressupostos de efectivação da responsabilidade* do transportador aéreo, dentro do quadro jurídico da Convenção, com vista a determinar, em concreto, a responsabilidade efectiva, ou não responsabilidade, do transportador aéreo.

Conforme se concluiu anteriormente, a determinação da *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção é informada pela verificação cumulativa dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção – previstos no artº. 1º (Âmbito de aplicação) tanto da Convenção de Varsóvia de 1929, como da Convenção de Montreal de 1999, e que visam determinar qual a norma aplicável à relação jurídica de transporte aéreo – e dos *pressupostos do efeito preclusivo* – cujo preenchimento visa determinar e confirmar o regime de responsabilidade civil da Convenção, em cujo âmbito de aplicação a relação jurídica de transporte aéreo se insere, e que se consubstanciam nas *causas e pressupostos de responsabilidade* tipificados na respectiva Convenção, ou seja, ‘*acidente*’ a ‘*bordo*’, ou durante o ‘*embarque*’ ou ‘*desembarque*’, objecto à ‘*guarda do transportador*’, ‘*num aeródromo*’ (somente na Convenção de Varsóvia), ‘*atraso*’ à chegada do transporte, permitindo aferir se o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) e, conseqüentemente, o *princípio da exclusividade* da Convenção como *exclusive remedy* têm, ou não, aplicação. Deste modo, quando o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) se aplica, determinando, por força do *princípio da exclusividade* da Convenção que esta opere como *exclusive remedy*, o exercício que a seguir se impõe ao intérprete e julgador é verificar, dentro do quadro jurídico da Convenção, se se preenchem os *pressupostos de efectivação da responsabilidade* do transportador aéreo, a fim de conhecer se há, ou não, responsabilidade civil efectiva do transportador aéreo. Para tal, e de acordo com a previsão legal das Convenções, integram os *pressupostos de efectivação da responsabilidade* do transportador aéreo, a aferir pelo julgador, o *dano mínimo* – dano material ou físico, ou seja, ‘*morte*’, ‘*lesão corporal*’, ‘*destruição*’, ‘*perda*’, ‘*avaria*’ –, salvo em caso de atraso à chegada, a *culpa* (presumida ou efectiva), salvo nos casos em

que se prevê a responsabilidade civil objectiva, o *nexo de causalidade adequada* (*proximate cause*) e o *protesto oportuno* sempre que aplicável, previsto no artº. 26º da Convenção de Varsóvia de 1929 e no artº. 31º da Convenção de Montreal de 1999^{35 36}.

³⁵ A representação gráfica seguinte reproduz o modo como o *efeito preclusivo* (*preemptive effect and exclusive remedy*) da Convenção se concretiza, o que sucede na sequência do preenchimento dos *pressupostos do efeito preclusivo* (segundo exercício/*second test*), que, por sua vez, se segue ao preenchimento dos *pressupostos de aplicabilidade da Convenção* (primeiro exercício/*first test*), sendo desta forma sucessiva que se determina a subsunção dos factos à *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção relativamente ao regime de responsabilidade por esta regido. Os *pressupostos de efectivação da responsabilidade* correspondem ao terceiro exercício (*third test*) após se ter concluído pela verificação do *efeito preclusivo* (*preemptive effect/preclusive effect*) do direito interno, e cujo propósito é determinar a *responsabilidade efectiva e actual* do transportador aéreo de acordo com o regime de responsabilidade da Convenção aplicável:



©Copyright: C. A. Neves Almeida

³⁶ Este entendimento na forma como o *princípio da exclusividade* da Convenção deve operar não corresponde ao sentido da jurisprudência superior, adoptada, primeiramente, no Reino Unido no julgamento *Sidhu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, [1997] 1 All ER 193, [1997] 51 RFDA 163 (House of Lords, 1996) também em <https://uniset.ca/terr/css/1997AC430.html> (data de acesso 01.10.2023), e, posteriormente, nos EUA, no julgamento *EL AL Israel Airlines, Ltd. v. Tseng*, 26 Avi 16,141 (United States Supreme Court, 1999). De acordo com esta orientação jurisprudencial, construída com base na interpretação da Convenção de Varsóvia, o *princípio da exclusividade* da Convenção conduz a que esta se afirme como *'absolute exclusive cause of action and sole remedy'* (*doctrine of complete preemption*). Tal significa que, assim que se conclua que a Convenção é aplicável à relação de transporte, o que sucede por força da verificação dos *pressupostos de aplicabilidade da Convenção* (primeiro exercício/*first test*) previstos no seu artº. 1º, ficará precludida qualquer acção judicial de responsabilidade civil a instaurar contra o transportador aéreo ao abrigo do direito interno, mesmo que os factos não sejam subsumíveis às *causas e pressupostos típicos da responsabilidade* previstos na Convenção: assim, nos domínios em que a Convenção estabelece um regime específico – e o regime da responsabilidade civil do transportador aéreo é um desses domínios –, se a Convenção não estabelecer a solução normativa a aplicar (*remedy*), significa que essa solução normativa (*remedy*) simplesmente não está disponível nem na Convenção, nem no direito interno, visto que à Convenção é atribuída a função de *'exclusive and exhaustive code governing actions arising out of international carriage by air'*. Semelhante interpretação da Convenção significa, também, que o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) da Convenção se considera, imediatamente, verificado logo que preenchidos os *pressupostos de aplicabilidade da Convenção* à relação de transporte aéreo. Os fundamentos subjacentes a esta interpretação são: (i) a Convenção é *'wholly exclusive'*, o que significa que a intenção do legislador internacional foi vir estabelecer, de forma exaustiva, as únicas circunstâncias em que o transportador aéreo deverá responder civilmente sempre que se trate de danos causados em conexão com o

Doutro modo, situação que se verifica à luz da jurisprudência superior do Reino Unido e dos EUA, se o *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) do regime de responsabilidade civil do direito interno depender apenas do âmbito de aplicação formal (*scope of application*) das Convenções, e não da respectiva *amplitude material* (*substantive scope*)³⁷, ou seja, ficando, apenas, dependente do preenchimento dos *pressupostos de aplicabilidade* da Convenção, situação em que as Convenções assumem, em termos de função normativa, o alcance ‘*wholly exclusive*’, apresentando-se como *absolute exclusive cause of action and sole remedy* (*doctrine of complete preemption*), o risco de impunidade do transportador aéreo em termos de responsabilidade civil acabará, seguramente, por ocorrer em certas situações não obstante se reconhecer a evidência da imputabilidade à conduta do transportador aéreo do dano infligido ao passageiro.

Negar toda e qualquer garantia de protecção ao passageiro, designadamente ao abrigo do direito interno, com fundamento no argumento de que a *causa-de-pedir* (*cause of action*) não se enquadra no âmbito da previsão normativa, em matéria de causas e pressupostos de responsabilidade civil, da Convenção, sendo esta aplicável à relação jurídica de transporte aéreo, e, por conseguinte, privar o passageiro do ressarcimento dos danos que lhe foram infligidos, não obstante a ocorrência de conduta culposa do transportador aéreo e a violação dos direitos do passageiro ao abrigo do direito interno, resultará, seguramente, numa afronta aos princípios e regras do Estado de Direito, ao mesmo tempo que permite que o transportador aéreo possa escapar à assunção da responsabilidade civil decorrente de conduta que lhe é imputável a título de culpa (v.g. designadamente, por inobservância do *dever geral de cuidado* em diligenciar pela manutenção das instalações que lhe estão atribuídas no edifício da aerogare e usadas pelo passageiro enquanto aguarda pelo seu voo³⁸).

Acresce que, de acordo com semelhante entendimento, e, nomeadamente, numa situação de responsabilidade civil do transportador aéreo por morte ou lesão corporal do passageiro emergente de acidente ocorrido a bordo da aeronave ou durante uma operação de embarque ou desembarque, a fim de evitar que o transportador aéreo possa beneficiar de total e absoluta impunidade, tem-se assistido, na jurisprudência comparada que pugna pela *doctrine of complete preemption*, ao proliferar de uma tendência para a ampliação do conceito de *acidente*, que, para além de permitir subsumir ao referido conceito eventos que nada têm a ver com os riscos próprios do transporte aéreo, contribuindo, assim, para a *descaracterização material* do conceito de *acidente* tal como concebido à luz quer do Sistema de Varsóvia, quer da Convenção de Montreal de 1999, têm, também, o efeito de contrariar, subverter e prejudicar materialmente a realização do princípio do “*justo*

transporte aéreo internacional; (ii) permitir que o transportador aéreo respondesse civilmente noutras circunstâncias ao abrigo do direito interno contrariaria o objectivo da uniformidade subjacente à Convenção.

³⁷ No entanto, deve notar-se que, mesmo quando os factos sejam subsumíveis à *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção, o *princípio da exclusividade* não é absoluto, já que a Convenção remete expressamente certas questões para o direito interno – *vide supra* nota 5.

³⁸ Além da iniquidade em forçar o passageiro a suportar o custo de acto negligente do transportador aéreo, isentando-o dessa responsabilidade, é também um incentivo à omissão no sentido de prevenir ocorrência danosa – *Tseng v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 25 Avi 18,226 (U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 1997), p. 18234 (Cardamone, *Circuit Judge*) – decisão revogada pelo Supremo Tribunal Federal Norte-americano. *Vide* também C. A. NEVES ALMEIDA, *Da Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação*, cit., p. 456-463.

equilibrio de interesses” previsto no último parágrafo do Preâmbulo à Convenção de Montreal de 1999.

De facto, a Convenção de Montreal de 1999 é responsável por introduzir um novo enquadramento jurídico no regime da responsabilidade civil do transportador aéreo conexo com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional, privilegiando o modelo da *socialização* ou da *objectivação* da responsabilidade civil em que a responsabilidade por *risco* deve ser assumida por quem cria o risco e dele retira o principal proveito no exercício da sua actividade (*‘risque-crée’* e *‘risque profit’*), o que teve repercussões relevantes na alteração do *equilibrio de interesses* entre as partes da relação jurídica de transporte aéreo, assentando, maioritariamente, no conceito da *responsabilidade objectiva (strict liability)*³⁹. O conceito de *responsabilidade objectiva*, previsto na Convenção de Montreal de 1999, sucede ao modelo de responsabilidade limitada fundada em presunção de culpa (*limited and presumptive fault liability system*) previsto na Convenção de Varsóvia de 1929⁴⁰, e representa um novo paradigma da responsabilidade civil do transportador aéreo que incrementa o seu grau de exposição em termos de assunção da responsabilidade civil conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo internacional. Contrariamente, o regime de responsabilidade limitada fundada em presunção de culpa, estabelecido na Convenção de Varsóvia, fora desenhado com a finalidade de garantir protecção e condições adequadas ao desenvolvimento económico da actividade de transporte aéreo internacional, então no seu início e carente de consolidação enquanto oportunidade de negócio e de desenvolvimento estratégico, pelo que o modelo encontrado, baseado na culpa, ainda que presumida, mas sujeito a limites máximos de responsabilidade, se mostrava ser o modelo ajustado à necessidade de protecção de uma actividade economicamente estratégica e a necessitar de condições de desenvolvimento e de consolidação (*protective liability system*)⁴¹. Tal significa que

³⁹ Com excepção das situações em que a causa da responsabilidade civil do transportador aéreo se funda em atraso, ou morte ou lesão corporal, aqui exclusivamente no *second tier* em que a responsabilidade é ilimitada fundada em presunção de culpa, a norma consagrada na Convenção de Montreal de 1999 é fundada na responsabilidade objectiva (*strict liability*):

1999 MONTREAL CONVENTION			
	CAUSE OF LIABILITY	LIABILITY REGIME	DEFENCES
PASSENGERS	Death or bodily injury	1st Tier - <i>Strict liability</i> + Limited Liability (up to 128,821.00 SDR/pax); 2nd Tier - <i>Presumptive Fault Liability</i> + Unlimited Liability;	1st Tier - Contributory negligence only (art. 20); 2nd Tier - Unavoidable event [art. 21(2)] + contributory negligence (art. 20);
	Delay (upon arrival)	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability (up to 5,346.00 SDR/pax); 2. Willful misconduct: unlimited liability;	Unavoidable event (art. 19) + contributory negligence (art. 20);
BAGGAGE (checked baggage)	Destruction, Loss or Damage	1. <i>Strict Liability</i> + Limited Liability (up to 1,288.00 SDR/pax); 2. Willful misconduct/special declaration of interest: unlimited liability/declared value;	Contributory negligence only (art. 20);
	Delay (upon delivery)	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability (up to 1,288.00 SDR/pax); 2. Willful misconduct/special declaration of interest: unlimited liability/declared value;	Unavoidable event (art. 19) + contributory negligence (art. 20);
CARGO	Destruction, Loss or Damage	1. <i>Strict Liability</i> + Limited Liability (up to 22.00 SDR/Kg); 2. Unbreakable limit (save special declaration of interest);	Contributory negligence only (art. 20);
	Delay (upon delivery)	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability (up to 22.00 SDR/Kg); 2. Unbreakable limit (save special declaration of interest);	Unavoidable event (art. 19) + contributory negligence (art. 20);

* Revised limits to apply from December 28, 2019.

©Copyright: C. A. Neves Almeida

⁴⁰ A responsabilidade civil do transportador aéreo limitada com fundamento em presunção de culpa (*limited and presumptive fault liability system*) é a regra aplicável à luz da versão original da Convenção de Varsóvia de 1929:

1929 WARSAW CONVENTION			
	CAUSE OF LIABILITY	LIABILITY REGIME	DEFENCES
PASSENGERS	Death or bodily injury	1. <i>Presumptive Fault Liability</i> + Limited Liability; 2. Willful misconduct: unlimited liability/ /Special declaration of interest: declared value (baggage & cargo);	Unavoidable event (art. 20) + contributory negligence (art. 21)
	Delay (upon arrival)		
BAGGAGE (checked baggage)	Destruction, Loss or Damage		
	Delay (upon delivery)		
CARGO	Destruction, Loss or Damage		
	Delay (upon delivery)		

©Copyright: C. A. Neves Almeida

⁴¹ Vide F. D., ROOSEVELT, C. HULL, *Warsaw Convention, 1929 – Message of President Roosevelt and Report of Secretary of State Hull*, U.S. Aviation Reports, 1934, p. 239; também C. A. NEVES ALMEIDA, *Da*

entre a Convenção de Varsóvia, assinada no final da década dos anos 20 do século passado, e a Convenção de Montreal de 1999, assinada no final da última década do século passado, e em que decorreram cerca de 70 anos, o *equilíbrio de interesses* entre as partes tradicionais da relação de transporte aéreo, bem como o *principal objetivo* subjacente a cada uma das Convenções se alteraram, tendo o regime acordado em 1929 e que era, então, em grande parte, informado pela necessidade de assegurar *protecção* adequada ao desenvolvimento da indústria de transporte aéreo, e, por conseguinte, resultando num regime informado pelo objetivo de *protecção do transportador aéreo*, evoluído, em 1999, para um *regime de protecção do passageiro*, na qualidade de consumidor, e cujos principais aspectos e contornos, adoptando a concepção do “*seguro social*”, expõe o transportador aéreo (*regime de exposição*). Registou-se, assim, no que concerne aos principais aspectos do *equilíbrio de interesses* e dos *bens jurídicos* a proteger, em matéria de responsabilidade civil, a evolução de um *regime (eminentemente) de protecção do transportador aéreo (air carrier protective oriented liability system)* para um *regime de exposição do transportador aéreo (consumer protective oriented liability system)*.

Deste modo, sempre que, no passado, a jurisprudência comparada, aplicando a Convenção de Varsóvia, tenha ‘ampliado’ o conceito de “acidente”⁴², visando evitar

Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação, cit., p. 442-443 e 659-663; e, ainda, em *International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 59.

⁴² Vide nos EUA, *Waxman v. C.I.S. Mexicana de Aviacion, SA*, 13 F.Supp.2d 508 (United States District Court for the Southern District of New York, 1998): da matéria de facto provada ficou demonstrado que, no dia 25 de Janeiro de 1997, o casal de apelido Waxman viajou de Newark, New Jersey, para Cancun, no México, no voo 877 da companhia aérea Mexicana. Durante o voo, o Sr. Philip Waxman picou-se numa agulha saliente do tecido das costas da cadeira à sua frente e que lhe perfurou a perna direita. O Sr. Waxman recebeu tratamento médico à chegada a Cancun e posteriormente no seu regresso aos EUA. Fez ainda testes ao HIV e foi-lhe ministrada vacina contra a hepatite. O passageiro alegou que a companhia aérea havia sido negligente ao não remover a agulha durante a limpeza da aeronave que antecederia o voo e que isso teria sido a causa do ferimento que lhe fora infligido. Como resultado de ter sido picado na perna pela agulha, e para além da lesão corporal, o passageiro alegou ter sofrido danos do foro psicológico (“an exacerbation of pre-existing psychiatric conditions”) causados pela incerteza dos efeitos do ferimento infligido pela agulha (“uncertainty surrounding the needle”) que, de forma ostensiva, se traduziram no receio de contrair AIDS/SIDA. O passageiro alegou ainda que o ferimento causado pela agulha o impediu a si e ao seu cônjuge de darem seguimento ao plano de constituírem família, visto que, enquanto casal, foram aconselhados a não estabelecer relações sexuais sem protecção por um período de seis meses após o incidente. Em consequência dos factos ocorridos, o passageiro interpôs acção judicial por danos patrimoniais e não patrimoniais contra a companhia aérea e a empresa responsável pelos serviços de limpeza. O tribunal considerou que a ofensa à integridade física do passageiro resultante do incidente constituía “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia (*‘incident in which passenger on international flight was stuck in leg by hypodermic needle that was protruding from fabric of seat immediately in front of him was caused by unexpected or unusual event or happening that was external to passenger, and thus was “accident” for purposes of Warsaw Convention; failure of airline and cleaning subcontractor to remove needle was properly viewed as unusual, unexpected departure from ordinary procedures’*); *Croucher v. Worldwide Flight Servs., Inc.*, 27 Avi 18,062 (United States District Court for the District of New Jersey, 2000): o tribunal considerou que a omissão de remover um saco de enjoos usado (“*a contaminated airsickness bag*”) da bolsa do assento foi a causa do dano infligido ao passageiro e que isso constituía “acidente” à luz da Convenção de Varsóvia, precludindo, assim, a aplicação do direito interno; *Fishman v. Delta Air Lines, Inc.*, 132 F.3d 138 (US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 1998): o tribunal qualificou de “acidente” o facto de, durante o serviço de bordo, ter sido entornada água quente sobre o pescoço e o ombro de criança de dois anos de idade, causando-lhe queimaduras, distinguindo, para o efeito, a situação ocorrida de eventuais incidentes com origem em causas naturais, como, por exemplo, hérnia pré-existente, ataque cardíaco, ou ataque de asma, por não serem factos externos ao passageiro. O tribunal expendeu ainda

a opinião de que “(...) *an injury resulting from routine procedures in the operation of an aircraft or airline can be an «accident» if those procedures are carried out in an unreasonable manner*” (Jacobs, *Circuit Judge, id.*, p. 143); *Diaz Lugo v. American Airlines*, 686 F.Supp. 373; 21 Avi 18,020 (United States District Court for the District of Puerto Rico, 1988): o tribunal considerou que entornar café, servido a bordo, sobre um passageiro, causando-lhe queimaduras, constituía “acidente” para efeitos da Convenção de Varsóvia; *Gonzalez v. Taca International Airlines*, 23 Avi 18,431 (United States District Court for the Eastern District of Louisiana, 1992): o tribunal considerou que o acto involuntário de entornar desperdícios de comida sobre passageiro, durante o serviço a bordo, no momento em que se procedia à remoção do tabuleiro do *catering* de outro passageiro e o facto de ao passageiro ter sido servida bebida contendo objecto estranho, constituía “acidente” para efeitos da Convenção de Varsóvia; *Watson v. American Airlines, Inc.*, 28 Avi 16,536 (United States District Court for the District of Maryland, 2002): o tribunal considerou aplicável a Convenção de Varsóvia às acções fundadas em “food poisoning” resultante do *catering* servido a bordo; *Scala v. American Airlines*, 249 F.Supp.2d 176; 29 Avi 17,573 (United States District Court for the District of Connecticut, 2003): o tribunal considerou que o facto de, por lapso, durante o serviço de bordo, ter sido servida bebida alcoólica ao passageiro, não obstante ter sido pedida bebida sem álcool, na sequência do que o passageiro viria a desenvolver patologia cardíaca, constituía “acidente” para efeitos da Convenção de Varsóvia; *Langadinos v. American Airlines, Inc.*, 27 Avi 17,409; 199 F.3d 68 (United States Court of Appeals for the First Circuit, 2000): em que o passageiro interpôs acção judicial contra o transportador aéreo alegando que este havia violado a Convenção de Varsóvia ao continuar a servir álcool a passageiro embriagado que depois o molestou. O tribunal julgou tratar-se de “acidente”, à luz da Convenção de Varsóvia, o comportamento errático e agressivo, sobre outro passageiro, por parte de passageiro embriagado a quem o transportador continuara a servir álcool apesar de ciente do seu aparente estado de embriaguez e do seu comportamento disruptivo; *Oliver v. SAS*, 17 Avi 18,283 (United States District Court for the District of Maryland, 1983): em que a demandante, na qualidade de passageira, alegou ter sofrido lesão corporal quando um passageiro embriagado, a quem o transportador continuara a servir bebidas alcoólicas, caiu sobre ela. O tribunal julgou tratar-se de “acidente”, não o facto do transportador ter servido álcool ao passageiro, mas o facto do passageiro embriagado ter caído sobre a demandante causando-lhe ferimentos: “(...) *an accident occurred when the fellow passenger fell unexpectedly upon the plaintiff*” (Miller, *D.J., id.*, p. 18284); *Lahey v. Singapore Airlines, Ltd.*, 27 Avi 18,124 (United States District Court for the Southern District of New York, 2000): o tribunal julgou tratar-se de “acidente” nos termos e para efeitos da Convenção de Varsóvia a agressão de passageiro por outro passageiro a bordo de voo internacional. Na fundamentação, o tribunal considerou a agressão um risco característico do transporte aéreo porque a vítima viajava sentada em espaço confinado da classe económica, à frente do agressor, que se manifestaria de forma inesperada, violenta e hostil à conduta da passageira em reclinar o encosto do seu assento. O agressor bateu na cabeça da passageira e atirou sobre ela a bandeja do *catering*. O tribunal considerou tratar-se incidente ‘*unexpected, unusual, and external to the victim*’; *Wallace v. Korean Air*, 27 Avi 17,864 (United States Court of Appeals for the Second Circuit, 2000): o tribunal de recurso qualificou como “acidente”, nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia, o facto da passageira ter sido molestada sexualmente por outro passageiro sentado ao seu lado a bordo de voo internacional. Na fundamentação, o tribunal considerou que as características do transporte aéreo haviam contribuído para agravar a vulnerabilidade da passageira à agressão, uma vez que aquela estava confinada a um espaço apertado ao lado do abusador, a iluminação da cabine havia sido reduzida, e nenhum membro da tripulação se encontrava próximo ou sequer se apercebeu do sucedido. O tribunal concluiu que a agressão constituía um facto ‘*unexpected or unusual*’ e *externo* à passageira. *Vide*, também, no Reino Unido, *Morris v. KLM*, [2001] 3 All ER 126; [2002] 1 Lloyd’s Rep. 745; [2002] 2 All ER 565; [2002] 1 All ER (Comm) 385 (Court of Appeal, Civil Division, 2001; House of Lords, 2002), envolvendo o caso de menor não acompanhada, em idade adolescente, que viajava entre Kuala Lumpur e Amesterdão, e que foi, igualmente, molestada sexualmente por passageiro que se encontrava sentado ao seu lado. O tribunal não pôs em causa que se tratava de “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia, pese embora ter considerado que o dano não patrimonial autónomo não era passível de indemnização à luz da Convenção de Varsóvia. *Vide*, também, no Canadá, *Naval-Torres v. Northwest Airlines Inc.*, [1998] 159 D.L.R. (4th) 67 (Ontario Court, General Division, Canada, 1998): o tribunal julgou que a exposição do passageiro ao fumo proveniente da zona de fumadores, apesar de lhe ter sido atribuído assento na zona de não fumadores, constituía “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia. Os exemplos de decisões judiciais por força das quais se tem julgado subsumível ao termo “acidente” factos que pouco ou nada têm a ver com os riscos próprios da aviação são inúmeros e continuam a ser actuais ao abrigo da Convenção de Montreal de 1999. O que torna crítica esta orientação jurisprudencial que pugna pela aplicação da *doctrine*

decisões que, doutro modo, seguramente conduziriam à impunidade do transportador aéreo – e assim decidindo apenas como forma de reacção à adopção do entendimento que resulta da *doctrine of complete preemption* da Convenção e, em consequência, interpretando a Convenção como *absolute exclusive cause of action* –, o resultado foi o de ‘importar’ para o âmbito regulatório da Convenção situações que, em rigor, não deveriam ser tratadas nesse âmbito, mas que, pelo contrário, teriam o seu cabimento normal no âmbito da previsão normativa do direito interno considerado competente, permitindo-se, assim, que o transportador aéreo beneficiasse de um regime de responsabilidade civil mais protector por estabelecer limites à responsabilidade do transportador aéreo e, conseqüentemente, pudesse, assim, beneficiar de uma *vantagem económica não justificada* – porque não relacionada com a especificidade dos riscos da sua actividade de transporte aéreo –, quando feita a comparação com o regime geral da responsabilidade civil que lhe seria, provavelmente, aplicado ao abrigo do direito interno considerado competente e que, por norma, não estaria sujeito aos mesmos limites de responsabilidade previstos na Convenção (*unlimited liability*)⁴³. Recorrendo à exemplificação, pode-se pensar numa situação em que o passageiro é sujeito a tratamento

of complete preemption é que, para evitar a impunidade do transportador aéreo – devido ao *princípio da exclusividade* da Convenção, ao abrigo do qual e de acordo com a referida doutrina a Convenção é interpretada como *exclusive cause of action* –, o intérprete sofre da pressão de ter de subsumir os factos às *causas e pressupostos típicos da responsabilidade* previstos na Convenção, de modo a evitar a jusante o resultado absurdo de impunidade do transportador aéreo, sempre que esteja em causa facto danoso que, à luz do direito interno, seria, seguramente, causa de responsabilidade civil. Desta forma, para que se mantenha aplicável o regime de responsabilidade previsto na Convenção, os tribunais tendem a interpretar o termo “acidente” em sentido lato, ampliando o conceito ao ponto de abranger situações que, como se viu nos exemplos dados, não constituem eventos que tenham qualquer relação com os riscos próprios e específicos de ocorrerem na aviação, e, por conseguinte, alimentando o risco da *descharacterização* do termo “acidente”, cujo valor semântico está longe de ser *neutro*. Semelhante orientação jurisprudencial não parece, no entanto, ter qualquer sustentação naquela que terá sido a intenção do legislador internacional nesta matéria, balizando a necessidade da Convenção em garantir o objectivo da *uniformidade universal* com circunscrição à sua *amplitude material (substantive scope)*. De facto, ‘*being stuck in his leg by a hypodermic needle that was protruding from the fabric in the back of the seat that was directly in front of passenger*’, corresponde tal situação a evento, cuja probabilidade de risco em ocorrer seja exclusiva da actividade de transporte aéreo? Ou ser-se vítima de agressão por outro passageiro? Não podem tais situações ocorrer noutros modos de transporte de pessoas, nomeadamente, por via rodoviária ou ferroviária? E a conduta involuntária de ‘*spilling hot coffee, scalding water, food waste*’ sobre o passageiro constitui um risco inerente exclusivamente ao transporte aéreo (exceptuadas as situações em que a causa desse facto se deva a ocorrência imprevisível de turbulência)? E o risco de intoxicação alimentar (*‘food poisoning’*) resultante da ingestão de alimentos do *catering* servido a bordo? Ou o risco de trocar a bebida que se serve e que deveria ser sem álcool? Ou o risco de exposição ao fumo do tabaco proveniente de zona reservada a fumadores? Não podem estes eventos ocorrer num restaurante, bar ou cafetaria? Se sim, por que razão este tipo de eventos (*no typical aviation risks related events*) devem responsabilizar o transportador aéreo ao abrigo de norma especial concebida à parte do regime geral da responsabilidade civil aplicável à generalidade dos demais agentes económicos? A justificação, que poderá estar subjacente à resposta, parece indicar no sentido de que, doutro modo, a não ser essa a interpretação a adoptar, por força do denominado e já referido *absolute exclusive cause of action principle*, a conduta do transportador aéreo acabaria por ficar impune, apesar da verificação dos pressupostos do regime geral da responsabilidade civil e da violação dos direitos do lesado a ser indemnizado.

⁴³ *Tseng v. El Al Israel Airlines, Ltd.*, 25 Avi 18,226 (U.S. Court of Appeals, Second Circuit, 1997) – decisão revogada pelo Supremo Tribunal Federal dos EUA (reversed judgment): “(...) *the Convention limits airline liability for accidents. But the Convention does not purport to insulate carriers from the ordinary risks of doing business, such as keeping their facilities in good repair. An injury to a passenger caused, for example, by a failure of a carrier to keep its walkways in a safe condition is hardly the type of catastrophic incident that would likely force even a fledgling airline out of business, and cannot be assumed to have been within the contemplation of the drafters of the Convention*” (Cardamone, Circuit Judge, *id.*, p. 18234).

discriminatório proibido por lei de acordo com os respectivos *factores de diferenciação discriminatória* e que esses actos são praticados pelo transportador aéreo ou pelos seus trabalhadores ou agentes, ocorrendo a bordo ou durante o embarque. Os actos de discriminação não apresentam qualquer relação *exclusiva* ou *específica* com os riscos próprios do transporte aéreo, pelo que uma análise atenta sobre se um acto de discriminação constitui, ou não, “acidente” para efeitos de aplicação do regime de responsabilidade previsto na Convenção aplicável deveria conduzir à conclusão negativa e, conseqüentemente, o transportador aéreo nunca assumiria qualquer responsabilidade por tais condutas, pois o regime da Convenção (se interpretado à luz do princípio da regra do precedente – *case law precedent rule* – da jurisprudência superior do Reino Unido e dos EUA) obrigaria à sua aplicação e qualificação como *absolute exclusive cause of action*, o que preclui a aplicação do direito interno sempre que a Convenção seja aplicável à *relação de transporte aéreo*, impedindo que outra norma possa ser aplicável à *relação de responsabilidade civil*.

Assim, e como já foi mencionado antes, para evitar a impunidade do transportador aéreo, alguns tribunais têm vindo a interpretar o conceito normativo de “acidente” em termos amplos para efeitos de responsabilidade civil do transportador aéreo conexas com o transporte aéreo de passageiros. Todavia, a expansão do conceito de “acidente” – o que conduz à sua *descaracterização* semântica quando a ele sejam subsumidos eventos não relacionados com os riscos específicos do transporte aéreo –, em vez de conduzir àquilo que seria expectável e correcto, e que seria a aplicação do direito interno considerado competente, leva a que os tribunais acabem por contribuir para que seja conferida *vantagem económica não justificada (unjustified advantage)* ao transportador aéreo, enquanto agente económico, permitindo-lhe beneficiar do privilégio da responsabilidade limitada em vantagem sobre outros agentes económicos. Semelhante consequência tem, ainda, o efeito de se traduzir em iniquidade e prejuízo para o cidadão que seja alvo de tratamento discriminatório no âmbito duma relação de transporte aéreo, quando feita a comparação com situação paralela ocorrida na relação com outro prestador de serviço integrado noutra actividade económica com oferta de prestação de serviços ao público em geral, designadamente, no domínio da prestação de serviços de transporte de diferente modalidade que não o transporte aéreo.

Por outro lado, aplicando, agora, *mutatis mutandis*, o mesmo tipo de raciocínio à Convenção de Montreal de 1999, chega-se à conclusão de que, em vez de ser conferida uma *vantagem não justificada (unjustified advantage)* ao transportador aéreo, os tribunais que, na jurisprudência comparada, assim interpretam e aplicam a Convenção, acabarão por contribuir para agravar o grau de exposição do transportador aéreo em termos de assunção de responsabilidade, sujeitando-o a responsabilidade objectiva, em vez de responsabilidade baseada na culpa o que, com grande probabilidade, seria o regime inerente ao modelo geral da responsabilidade civil emergente da aplicação do direito interno e, dessa forma, infligindo ao transportador aéreo uma *desvantagem injustificada (unjustified disadvantage)*⁴⁴.

⁴⁴ Em teoria, o conceito de responsabilidade objectiva (*strict liability*), que significa responsabilidade civil independentemente de culpa, é fundado no risco que é gerado. Conseqüentemente, à luz de semelhante conceito, a responsabilidade por risco impende sobre a pessoa que dá origem ao risco ou ao seu agravamento. No transporte aéreo, em que há riscos específicos associados quer à actividade em si por ter lugar em ambiente sujeito a contingências imprevisíveis, quer ao equipamento empregue nessa actividade e sobre o qual apenas o transportador aéreo detém o controlo efectivo, e considerando, ainda, que o principal interessado pelo exercício dessa actividade é o transportador aéreo visando com esse exercício obter o lucro, os princípios *risque-crée* e *risque profit* são o fundamento que justifica que o transportador aéreo deva

assumir responsabilidade objectiva, mas apenas por danos especificamente relacionados com os riscos próprios e inerentes à especificidade dessa actividade, e não por todo e qualquer dano causado por eventos de natureza comum que possam ser transversais ao exercício ordinário de qualquer actividade em geral, eventos esses que não apresentem qualquer relação de conexão com os riscos próprios da operação normal duma aeronave. Foi, precisamente, ao abrigo de tais premissas que a discussão do primeiro *draft* da convenção relativa a danos causados a terceiros à superfície orientou, em 1929, o sentido dos trabalhos preparatórios, e em que a responsabilidade objectiva do transportador aéreo foi sempre regra constante desde o seu início – *vide*, segundo os trabalhos preparatórios levados a cabo no seio do CITEJA, “*Rapport présenté au nom de la Troisième Commission par M. Ambrosini sur l’Avant-Projet de Convention relative à la Responsabilité pour les dommages causés aux tiers à la surface*” em Comité International Technique d’Experts Juridiques Aériens – *Compte Rendu de la 4^{ème} Session, Document n° 22, Paris, 1929, p. 104-108*: “*Avant de commencer à illustrer les différents articles du Projet, il est bon de dire un mot des principes essentiels qui lui servent de base, afin d’en marquer les traits caractéristiques. (...) Un point sur lequel il y a eu, au sein de la Commission, une singulière unanimité d’approbation, c’est celui du principe de la responsabilité objective ou du risque, qui forme la base de toute l’économie et l’organisme du Projet. Tous les membres de la Commission, même à travers des longs travaux et les nombreuses discussions auxquels le Projet a donné lieu, se sont toujours trouvés d’accord pour affirmer que les dommages causés aux tiers à la surface, c’est-à-dire à ceux qui sont étrangers à l’exercice de la navigation aérienne par le fait qu’ils n’y prennent aucune part, doivent être dédommagés dans tous les cas, c’est-à-dire, ainsi que l’on est désormais d’accord de dire, avec une expression qui, peut-être, n’est pas tout à fait bien appropriée mais qui est très claire, de plein droit. (...) Les raisons qui justifient l’adoption de ce principe sont (...) en cette matière (...) l’existence d’une conscience juridique générale internationale, conformément à laquelle le fondement de la responsabilité des dommages causés par les aéronefs aux personnes ou aux biens se trouvant à la surface, ne doit pas être recherché dans le dol ou dans la faute de celui qui a causé le dommage, mais dans le fait même du dommage, quelle qu’en soit la cause. C’est la théorie de la responsabilité objective ou du risque qui s’est imposée solidement dans cette matière et a trouvé une application dans presque toutes les législations aéronautiques actuellement en vigueur: française, suisse, allemande, anglaise, etc. (...) Cette uniformité des dispositions de presque toutes les lois nationales, dans cette matière, est certainement l’expression la plus typique de la conscience générale internationale susindiquée, laquelle, du rest, avait déjà trouvé plusieurs manifestations dans la doctrine, et, particulièrement, dans la jurisprudence antérieure aux dites lois. (...) sur les raisons juridiques, théoriques et pratiques, qui conseillent et justifient l’adoption du principe de la responsabilité objective des dommages causés par les aéronefs aux personnes et aux biens à la surface (...) elles sont: 1. La position éminente de l’aéronef, qui, tandis qu’elle le met à l’abri de toute lésion qui puisse venir du sol, expose ceux qui se trouvent à la surface à tous dommages que la nature même de l’appareil et les risques propres qu’elle comporte, peuvent causer par le jet, par sa chute, au départ et à l’atterrissage. L’égalité de la situation entre l’auteur et la victime du dommage, qui crée théoriquement entre eux une réciprocité éventuelle dans les dommages, est, comme il est connu, un présupposé de la théorie de la faute. Etant donné que cette égalité de situation et d’une possible réciprocité dans les dommages entre les aéronefs et les habitants de la surface n’existe pas, il est juste que la théorie classique de la faute soit rejetée et que la théorie objective soit adoptée. (...) 2. L’impossibilité presque absolue où se trouve la victime du dommage de fournir, dans la majorité des cas, la preuve de la faute de l’aéronaute. La cause du fait préjudiciable doit être attribuée, généralement, à une manœuvre mal faite du pilote, au mauvais fonctionnement du moteur ou des commandes de l’appareil, aux événements atmosphériques, c’est-à-dire dans tous les cas aux événements qui arrivent dans l’air, en dehors, donc, de toute possibilité de contrôle de la part des habitants à la surface. En outre, l’appareil qui est tombé se réduit presque toujours à un amas de débris duquel il est impossible de trouver un élément pour établir la responsabilité subjective de l’aéronaute. (...) Il est donc préférable de rendre l’exploitant de l’aéronef responsable du dommage, dans tous les cas, pour éviter ainsi dans le public cette hostilité préconçue contre l’aéronautique, qui serait sans doute suscitée du fait que les dommages causés par ces aéronautes ne seraient, généralement, pas dédommagés à cause, précisément, de l’impossibilité de la preuve de la faute du pilote. (...) 3. L’usage d’une machine qui crée pour le public de nouveaux risques et des périls spéciaux, oblige l’exploitant à un devoir de garantie envers le public étranger à cet exercice, pour les dommages qui peuvent en résulter pour lui. On ne saurait parler ici de faute (...). L’aéronaute ne peut être considéré coupable pour le seul fait d’avoir choisi une telle profession, d’avoir équipé et mis en mouvement un aéronef. La faute, dans le sens classique, présuppose en effet une imputabilité morale qui résulte d’un acte illicite. Or, l’aéronautique n’est guère un fait illicite, étant donné, au contraire, que c’est dans l’intérêt même de la collectivité que les meilleurs et les plus audacieux en*

A razão pela qual o conceito de “acidente” não deve ser expandido – no sentido que tem sido até aqui por alguma jurisprudência que, seguindo a linha da *doctrine of complete preemption* da Convenção e, em consequência, interpreta a Convenção como *absolute exclusive cause of action* – é porque semelhante conceito tem a função de ‘filtro’ na determinação da aplicação do *efeito preclusivo (preemptive effect)* sobre o direito interno pela Convenção. Assim, para efeitos de aplicação do regime de responsabilidade civil da Convenção, o termo “acidente” não possui valor semântico neutro, antes e apenas abrangendo eventos que possam estar associados aos riscos típicos da aviação (*true typical aviation risks related event*)⁴⁵.

tentent, à leur risque, le développement et le progrès. Aucune imputabilité morale ne peut donc exister pour celui qui fait usage d'un aéronef. Il est plus rationnel de parler, dans ce cas, de responsabilité fondée sur la conception susindiquée de garantie, et non sur celle de la faute. 4. Quelques Juristes (...) considèrent encore l'adoption de la responsabilité objective comme le corollaire de la liberté de survol de la propriété privée, accordée aux aéronautes” (p. 105-106). Cumpre, no entanto, sublinhar que, aplicando-se a Convenção de Montreal de 1999, o problema suscitado *supra* de ocorrer uma *desvantagem injustificada* para o transportador aéreo por efeito da sua sujeição a responsabilidade objectiva ou por risco, apenas se coloca para as situações em que o dano não resulte de atraso à chegada, o que também reforça a ideia de que, no caso de dano material causado a bens transportados ou de dano físico causado ao passageiro transportado, haverá, necessariamente, uma relação na *causa* do dano associada aos riscos do transporte.

⁴⁵ Neste sentido nos EUA, *vide Price v. British Airways*, 23 Avi 18,465 (United States District Court for the Southern District of New York, 1992): o tribunal considerou que o transportador aéreo não era responsável por ofensas à integridade física de passageiro que se envolvera em rixa com outro passageiro após consumo de bebidas alcoólicas. Apesar da Convenção de Varsóvia estabelecer a responsabilidade do transportador aéreo perante o passageiro por lesão corporal causada por *acidente* a bordo da aeronave ou durante qualquer das operações de embarque ou desembarque, as ofensas à integridade física do passageiro, na situação aqui em apreço, não haviam resultado de acidente no sentido que desse termo decorre no quadro da Convenção. O envolvimento do passageiro numa rixa não constitui risco característico do transporte aéreo, e, contrariamente a uma acção terrorista ou de pirataria aérea, o transportador aéreo dificilmente consegue prevenir o risco de ocorrência de rixas; também em *Stone v. Continental Airlines, Inc.*, 905 F.Supp. 823 (United States District Court for the District of Hawaii, 1995), num caso de agressão de um passageiro por outro passageiro: o tribunal julgou não se tratar de acidente nos termos e para os efeitos da Convenção de Varsóvia; *O'Grady v. British Airways*, 134 F.Supp.2d 407; 27 Avi 18,540 (United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 2001), envolvendo confrontação verbal e física entre um passageiro e uma passageira: o tribunal considerou que a ocorrência não constituía “acidente”. *Vide* também, em França, *Mohamed e.a. v. British Airways*, [1997] 51 RFDA 147, 155 (Tribunal de Grande Instance de Paris, 1995; Cour d'Appel de Paris, 1996), num caso de sequestro de passageiros, em trânsito no edifício da aerogare, após terem desembarcado (tomada de reféns, pelo exército iraquiano, dentre os passageiros do voo da companhia aérea British Airways que escalou a cidade do Kuwait na noite de 1 para 2 de Agosto de 1990, data em que se deu a invasão deste país pelo Iraque): “(...) *il résulte du déroulement des faits que les dommages allégués ne sont à l'évidence pas liés aux opérations de débarquement proprement dites et ne peuvent se rattacher aux risques inhérents à la navigation aérienne prévus par la Convention de Varsovie (...) qu'il convient en conséquence de rechercher la loi applicable à la action en responsabilité intentée par les passagers et leurs proches; (...) que cette recherche ne fait pas obstacle à la primauté de la Convention internationale sur la loi interne (...) dès lors que le dommage ne rentre pas dans le champ d'application de la Convention de Varsovie (...) qu'il résulte de ces circonstances que c'est (...) la loi française seule applicable en l'espèce”* (Tribunal de Grande Instance de Paris, *id.*, p. 150, julgamento confirmado pelo tribunal de recurso). Ainda no âmbito das decisões judiciais dos EUA, aplicando a *two prong accident analysis*, de acordo com a qual, no sentido de verificar se o *facto-causal* do dano é subsumível ao conceito de “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção, se impõe a realização do procedimento de análise *two prong test*, de modo a apurar, cumulativamente, (1) se ocorreu um evento *não usual (unusual)* e *imprevisível (unexpected)* externo (*external*) ao passageiro; e (2) se o evento ocorrido envolveu alguma forma de ‘*malfunction or abnormality in the aircraft's operation*’ – *vide Gotz v. Delta Air Lines, Inc.*, 12 F.Supp.2d 199 (United States District Court for the District of Massachusetts, 1998). Neste caso, o tribunal acabaria por basear a sua decisão apenas no primeiro exercício da análise (*first prong test*) ao concluir que a ocorrência não constituía um evento *unusual*, nem *external*

ao passageiro, pois o dano/lesão corporal (distensão muscular com ruptura de ligamentos nos ombros esquerdo e direito) resultara numa reacção interna do passageiro ao movimento físico do próprio relacionado com a colocação de bagagem nos *overhead bins* por cima do seu assento. Apesar disso, na fundamentação, e tendo presente o *second prong test*, o tribunal concluiria também que acções independentes de terceiros não têm enquadramento no âmbito do “*aircraft’s operation*”; *Garcia Ramos v. Transmeridian Airlines, Inc.* (United States District Court for the District of Puerto Rico, 2005), em http://www.leagle.com/decision/2005522385FSupp2d137_1512 (data de acesso 01.10.2023): o tribunal considerou que o facto de um passageiro ter pisado outro passageiro não apresentava qualquer relação com a operação da aeronave para efeitos de responsabilidade civil do transportador aéreo; *Goodwin v. British Airways* (United States District Court for the District of Massachusetts, 2011) em <http://www.leagle.com/decision/In%20FDCO%2020110809694> (data de acesso 01.10.2023) em que a passageira alegara que o transportador aéreo havia faltado ao dever geral de cuidado não prevenindo que, no desembarque, outro passageiro fosse contra ela, empurrando-a e fazendo com que caísse e fracturasse a anca. O tribunal considerou que o evento subjacente à causa da lesão corporal não apresentava qualquer relação com a operação da aeronave e, por isso, não satisfazia o ‘*second prong test*’ inerente à subsunção dos factos ao termo “acidente” para efeitos do artº. 17º da Convenção de Montreal de 1999. Todavia, rejeitando o *two prong test*, vide *Arellano v. American Airlines, Inc.* (United States District Court for the Southern District of Florida, Miami Division, 2014) em <http://www.leagle.com/decision/In%20FDCO%2020141126D79> (data de acesso 01.10.2023), em acção judicial instaurada contra o transportador aéreo peticionando indemnização por danos causados no desembarque de voo com atraso à chegada e em que o passageiro fora atropelado por outro passageiro com pressa para recolher a sua bagagem a tempo de embarcar em voo de ligação. O tribunal julgou que, para efeitos da definição de acidente à luz da Convenção de Montreal de 1999, o *second prong* referente à *malfunction or abnormality of the aircraft’s operation* carecia de fundamento quer à luz do texto da Convenção, quer à luz da jurisprudência fosse esta vinculativa ou persuasiva. Nesse sentido, o tribunal julgou que, embora fosse expectável haver contacto físico entre passageiros no decurso do transporte aéreo e da operação de desembarque, ser atropelado por outros passageiros não configurava um evento expectável e como tal, tratando-se de um evento não expectável isso era suficiente para que os factos fossem subsumíveis ao termo “acidente” nos termos e para os efeitos da Convenção de Montreal. Também na UE, o TJUE, no seu Acórdão de 19 de Dezembro de 2019, proferido no Processo C-532/18 – *GN vs ZU*, apesar de, na sua fundamentação, reconhecer que o termo “acidente” resultou numa escolha intencional do legislador internacional por contraposição ao termo “acontecimento”, julgaria, de forma que se reputa incoerente, e, por conseguinte, passível de crítica, que o artigo 17º, nº 1, da Convenção de Montreal de 1999 deve ser interpretado no sentido de que o conceito de “acidente”, na acepção desta disposição, abrange todas as situações ocorridas a bordo de uma aeronave em que um objeto utilizado para o serviço prestado aos passageiros causou uma lesão corporal a um passageiro, *sem que seja necessário determinar se essas situações resultam de um risco inerente ao transporte aéreo* – in <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX%3A62018CJ0532&qid=1700940126756> (data de acesso 01.10.2023). Tratou-se, neste caso, de julgar uma situação de responsabilidade civil do transportador aéreo em que a passageira sofrera queimaduras de segundo grau no peito e na coxa direita fruto de derrame de café quente servido a bordo e contido em copo colocado na mesa rebatível situada à frente da passageira. Por Acórdão de 15 de dezembro de 2015, o Landesgericht Korneuburg (Tribunal Regional de Korneuburg, Áustria) julgara procedente o pedido de indemnização da recorrente. O referido órgão jurisdicional julgou no sentido de que se concretizara um risco inerente ao transporte aéreo, uma vez que, no quadro da sua operação, uma aeronave está sujeita a graus de inclinação variáveis que podem conduzir a que objetos pousados sobre uma superfície horizontal no avião comecem a deslizar sem ser necessária uma manobra particular da aeronave. Em 30 de Agosto de 2016, o tribunal de recurso de segunda instância (Oberlandesgericht Wien/Tribunal Regional Superior de Viena, Áustria) viria a anular a decisão proferida em primeira instância com fundamento na falta de oferecimento de prova pela demandante de ter ocorrido um risco inerente ao transporte aéreo. O TJUE, em sede de apreciação de questão prejudicial, fruto do reenvio pelo Oberster Gerichtshof (Supremo Tribunal, Áustria) para o qual fora interposto recurso de «Revision», reconheceu existirem duas abordagens do tema. Assim, segundo uma primeira abordagem, «o conceito de “acidente”, na aceção do artigo 17º, nº 1, da Convenção de Montreal, abrange unicamente as situações em que se concretizou um risco inerente ao transporte aéreo. Segundo esta abordagem, é necessário que se materialize um risco decorrente da natureza, do estado ou da utilização da aeronave, ou de uma instalação aeronáutica utilizada no momento do embarque ou do desembarque». Por conseguinte, julgou o TJUE que, de acordo com essa abordagem, a consequência é a de que acidentes como o do processo principal, que não têm

A confirmação e conclusão de que o termo “acidente”, previsto na Convenção, não é uma expressão neutra destituída de valor semântico, pode ser extraída da análise dos trabalhos preparatórios do Protocolo da Guatemala de 1971, que, apesar de nunca ter chegado a entrar em vigor, viu substituída a expressão “acidente” pela expressão comum “evento” – essa sim de valor semântico neutro –, substituição essa que não teve continuidade na Convenção de Montreal de 1999 onde foi mantida a expressão inicial “acidente”, apesar de terem sido, nesta última, acolhidos outros aspectos de regime que haviam sido inseridos pelo Protocolo da Guatemala de 1971, como foi o regime da responsabilidade objectiva do transportador aéreo⁴⁶. Tal só tem explicação plausível porque o termo

qualquer relação com a atividade de transporte aéreo e poderiam ocorrer noutras circunstâncias, não implicam a responsabilidade da transportadora, o que teria sido a intenção dos Estados partes na Convenção de Montreal. Em contrapartida, de acordo com uma segunda abordagem, “*não é necessário que se tenha concretizado um risco inerente ao transporte aéreo para desencadear a responsabilidade da transportadora*”. Para o TJUE, “*esta abordagem assenta na redação do artigo 17º, nº 1, da Convenção de Montreal, que não formula tal requisito*”. Além disso, acrescenta o TJUE, “*aceitar este requisito esvaziaria, na sua substância, o regime de responsabilidade previsto na referida disposição*”, visto que “*quase todos os prejuízos ficariam excluídos, uma vez que poderiam apresentar-se de forma semelhante noutras circunstâncias da vida*”. Em qualquer caso, o TJUE julgou que “*não haveria motivo para rejeitar a responsabilidade ilimitada da transportadora aérea em resultado de tal abordagem, na medida em que a transportadora pode ser exonerada de responsabilidade em caso de culpa concorrente da parte lesada, nos termos do artigo 20º da Convenção de Montreal*”. Assim, pese embora o TJUE ter julgado que “[a] este respeito, resulta dos trabalhos preparatórios que conduziram à adoção da Convenção de Montreal que as partes contratantes optaram pelo conceito de «acidente» em vez do conceito de «acontecimento», proposto no projeto inicial (v., designadamente, parecer apresentado pela International Union of Aviation Insurers, DCW Doc No.28, 13 de maio de 1999, bem como o relatório do Rapporteur on the Modernization and Consolidation of the Warsaw System, C-WP/10576)”, a razão subjacente a tal opção “*foi a de o termo «acontecimento» ser considerado demasiado amplo por abranger todas as circunstâncias e poder gerar demasiado contencioso*”. Deste modo, “*não é necessário limitar a obrigação de indemnização das transportadoras aéreas aos acidentes relacionados com um risco inerente ao transporte aéreo para evitar impor um ónus de reparação excessivo às mesmas transportadoras aéreas*”, pois, por força do artº. 20º da Convenção, as “*transportadoras podem excluir ou limitar a sua responsabilidade*”. Não se afigura de todo isento de crítica este julgamento do TJUE visto que (i) o requisito do risco inerente ao transporte aéreo está intrinsecamente associado ao termo “acidente” e, por essa via, previsto no artº. 17º da Convenção de Montreal de 1999 quando nele se utiliza este termo e não outro facto causal de natureza geral e neutra (“acontecimento”/“evento”); (ii) não explica por que razão o legislador internacional optou pelo termo “acidente” e não outro de natureza geral e neutra que também não impediria a invocação da garantia de defesa do transportador aéreo prevista no artº. 20º da Convenção (exoneração da responsabilidade por concurso de culpa do lesado); e (iii) não evita que os tribunais, para impedirem a impunidade do transportador aéreo, tenham de ampliar artificialmente a extensão do termo “acidente” de modo a nele abranger todas as circunstâncias da vida, visando integrar o facto causal da responsabilidade do transportador aéreo na *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Montreal. A interpretação do TJUE é, por conseguinte, escusada e desvirtua o “justo equilíbrio de interesses” intencionado pelo legislador internacional e expresso no Preâmbulo à Convenção de Montreal de 1999, acentuando, desnecessariamente e de forma imprópria, a *desvantagem injustificada (unjustified disadvantage)* do transportador aéreo.

⁴⁶ C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 60-61, 466-492 e 674-675. Durante os trabalhos preparatórios que conduziram à aprovação e assinatura do Protocolo da Guatemala de 1971, o representante da Suécia alertou para as implicações decorrentes do uso da expressão “*event*” – de acordo com a proposta – em vez de “*accident*” – originalmente prevista à luz da Convenção de Varsóvia, sublinhando que o uso da expressão “*event*” conduziria a fundamentar a responsabilidade do transportador aéreo em factos claramente além do conceito de “*accident*” – *cfr. International Conference on Air Law – Guatemala City, February-March 1971*, ICAO, vol. I (Minutes), 1972, Montreal, Canada, p. 34. Também o representante da Áustria, pronunciando-se sobre a proposta do artigo 17º da Convenção: “*To date, the term «accident» has been used, from which it may be deduced that the only type of damage that should be included would be damage having a direct connection with the accident resulting from the operation of the*

“acidente” que se quis manter, e conforme já se sublinhou, tem a função de servir como *filtro* para distinguir se certa ocorrência constitui *facto* inerente aos riscos típicos e próprios da aviação e do transporte aéreo (*a true typical aviation risks related event*), ou não, para efeitos de aplicação do *efeito preclusivo* (*preemptive effect*) previsto na Convenção. Funcionando neste sentido e como consequência do propósito que assim lhe está atribuído, o termo “acidente” produz, também, o efeito automático de: (1) nos casos em que seja aplicável a Convenção de Varsóvia (*air carrier protection oriented convention*), por força do *efeito de auto-exclusão* (*self-excluding effect*) da Convenção, limitar a *vantagem não justificada* (*unjustified advantage*) a favor do transportador aéreo, como entidade empresarial envolvida, eventualmente, no exercício de actos inerentes a actividade económica não aviação, evitando que o transportador aéreo possa, na condição de agente económico não aviação, beneficiar do privilégio da *responsabilidade limitada* em posição de vantagem sobre outros agentes económicos colocados em situação similar e concorrencial; (2) nos casos em que seja aplicável a Convenção de Montreal de 1999 (*consumer protection oriented convention*), por força do *efeito de auto-exclusão* (*self-*

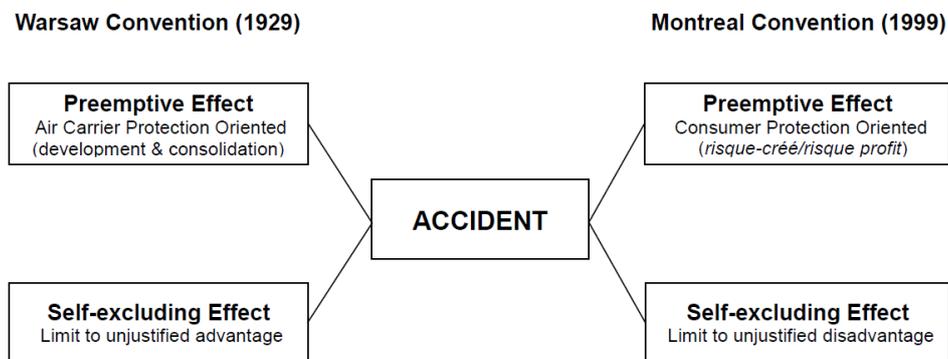
*aircraft. It is now suggested that the term «event» be substituted for the term «accident». This would mean that the air carrier would also be considered liable in the event, say, of a passenger killing another passenger on board the aircraft without that event having any relation to the service itself” (id., p. 144). Vide, também, nas discussões havidas durante os trabalhos preparatórios da Convenção de Montreal de 1999, os termos em que a delegação britânica procurava justificar uma proposta de alteração ao artº. 16º da proposta de Convenção (actual artº. 17º da Convenção): “The reason for the first proposal is (...) a necessary counter balance for the introduction of the replacement of the basis for recovery from it being the result of an «accident» to it being the result of an «event»; a much wider expression” – cfr. *International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 348. Também, assumindo existir uma diferença de semântica relevante entre “accident” e “event” para efeitos de responsabilidade civil do transportador aéreo no transporte aéreo de pessoas, vide *International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*, ICAO, vol. I (Minutes), 1999, Montreal, Canada, p. 77: o delegado da Noruega: “In the present draft the carrier’s liability covered accidents taking place on board the aircraft, whereas the Guatemala City Protocol extended the basis of liability to cover events that took place on board the aircraft. The basis of liability was now narrower than the Warsaw Convention as amended by the Guatemala City Protocol”; o delegado da Finlândia: “(...) the text of Article 16, paragraph 1 was detrimental to passengers as it now referred to accidents and not events”; e p. 119: o delegado dos EUA: “The equitable balance which had been struck between the interests of passengers and carriers was that the word «accident» be used rather than the word «event» which strongly favoured the carrier’s interests”; também vol. II (Documents), 1999, Montreal, Canada, p. 156, e vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 37, 65, 169, 170 e 172. Vide também na doutrina D. GOEDHUIS, *National Airlegislations and the Warsaw Convention*, cit., p. 200-201, e ID., *La Convention de Varsovie*, cit., p. 160-163, fazendo a distinção entre as causas da responsabilidade civil do transportador aéreo no transporte aéreo de pessoas e no transporte aéreo de bagagem e carga. Para este autor, o termo *acidente* pressupõe a existência de conexão com os riscos do transporte aéreo: “(...) one could think of many accidents which occur on board aircraft or in the course of operations of embarking or disembarking which have no connection with the carriage. The carrier should not be declared liable for such accidents”; vide igual entendimento em L. PEDREIRA, *O regime jurídico do transporte aéreo internacional segundo a Convenção de Varsóvia*, cit., p. 113. Também no sentido de que o ICAO Study Group on the Modernization of the Warsaw Convention System havia formulado recomendação para incluir no novo instrumento internacional consolidado elementos, nomeadamente, do Protocolo da Guatemala de 1971, na medida em que se mostrassem apropriados, tornassem efectivas certas orientações envolvendo o regime da responsabilidade civil do transportador aéreo e fossem com elas consistentes, tais como, no transporte aéreo de pessoas, a responsabilidade objectiva limitada a 100,000.00 SDR e a responsabilidade ilimitada acima desse limite fundada em presunção de culpa, vide *International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 4-5, 17-18, 24 e 37.*

excluding effect) da Convenção, limitar a *desvantagem não justificada (unjustified disadvantage)* em desfavor do transportador aéreo, como entidade empresarial envolvida, eventualmente, no exercício de actos inerentes a actividade económica não aviação, evitando que o transportador aéreo possa, na condição de agente económico não aviação, ficar sujeito ao ónus da *responsabilidade objectiva* em posição de desvantagem relativamente a outros agentes económicos colocados em situação similar e concorrencial⁴⁷.

Tendo concluído nos termos expressos *supra*, justificam-se, a título complementar e de síntese final, duas breves notas com respeito às implicações de índole substantiva resultantes do sentido da jurisprudência superior do Reino Unido e dos EUA nesta matéria:

1. Contributo insuficiente para prover ao *equilíbrio de interesses* das partes envolvidas sempre que o sentido de tal jurisprudência possa conduzir à impunidade do transportador aéreo, pese embora os comportamentos que lhe possam ser imputáveis a título de culpa, se o evento causador do dano não estiver abrangido pela *amplitude material* do regime de responsabilidade da Convenção (*substantive scope*)⁴⁸;

⁴⁷ A representação gráfica seguinte reproduz o modo como o termo ‘*accidente*’ funciona como ‘*filtro*’, seja à luz da Convenção de Varsóvia, seja à luz da Convenção de Montreal de 1999 (também em C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 674-675):



©Copyright: C. A. Neves Almeida

⁴⁸ Ainda assim, a assunção de tal iniquidade parece ter ficado patente na fundamentação da decisão *Sidhu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, [1997] 1 All ER 193, [1997] 51 RFDA 163 (House of Lords, 1996) também em <https://uniset.ca/terr/css/1997AC430.html> (data de acesso 01.10.2023), valorizando em patamar superior o bem jurídico da *certeza e uniformidade* da regulamentação internacional: “*An answer to the question which leaves claimants without a remedy is not at first sight attractive. It is tempting to give way to the argument that where there is a wrong there must be a remedy. That indeed is the foundation upon which much of our common law has been built up. The broad principles which provide the foundation for the law of delict in Scotland and of torts in the English common law have been developed upon these lines. No system of law can attempt to compensate persons for all losses in whatever circumstances. But the assumption is that, where a breach of duty has caused loss, a remedy in damages ought to be available. (...) A balance was struck, in the interests of certainty and uniformity*” (Lord Hope of Craighead, 1997, 1 All ER, p. 212); e “[t]o permit exceptions, whereby a passenger could sue outwith the convention for losses sustained in the course of international carriage by air, would distort the whole system, even in cases for which the convention did not create any liability on the part of the carrier. Thus, the purpose is to ensure that, in all questions relating to the carrier’s liability, it is the provisions of the convention which apply and that the passenger does not have access to any other remedies, whether under the common law or otherwise, which may be available within the particular country where he chooses to raise his action. (...) The conclusion must be therefore that any remedy is excluded by the convention, as the set of uniform rules does not provide for it. The domestic courts are not free to provide a remedy according to their own law,

because to do this would be to undermine the convention. It would lead to the setting alongside the convention of an entirely different set of rules which would distort the operation of the whole scheme. (...) Were remedies outside the convention to become available, it would encourage litigation in other cases to restrict its application still further in the hope of obtaining a better remedy, against which the carrier would have no protection under the contract. I am in no doubt that the convention was designed to eliminate these difficulties. I see no escape from the conclusion that, where the convention has not provided a remedy, no remedy is available” (Lord Hope of Craighead, 1997, 1 All ER, p. 207 e 213). Nesta decisão, o tribunal de recurso julgou no sentido dos factos (tomada de reféns, pelo exército iraquiano, dentre os passageiros do voo da companhia aérea British Airways que escalou para reabastecimento a cidade do Kuwait na noite de 1 para 2 de Agosto de 1990, data em que se deu a invasão deste país pelo Iraque) não constituírem “acidente” nos termos e para os efeitos do artº. 17º da Convenção de Varsóvia, pelo que, ao abrigo da jurisprudência que pugna pela *doctrine of complete preemption* da Convenção, e, consequentemente, interpretando a Convenção como *exclusive cause of action and exclusive remedy*, não sendo possível obter o ressarcimento do dano no quadro da Convenção, também não seria possível fundamentar qualquer pedido de indemnização ao abrigo do direito local (“*where the Convention had not provided a remedy, no remedy was available either under the common law or otherwise*”). Neste caso, sucedeu ainda que, apesar de se ter concluído que os factos não eram subsumíveis ao termo “acidente”, a acção judicial havia sido iniciada a 30 de julho de 1993, ou seja, quando já havia expirado o prazo de caducidade do direito de acção de 2 anos previsto no artº. 29º da Convenção de Varsóvia, pese embora se estivesse dentro do prazo de 3 anos aplicável à luz do direito interno. Assim, o tribunal decidiu também que, sendo a Convenção aplicável ao transporte aéreo internacional, e, por conseguinte, à relação de transporte aéreo em apreço, o artº. 29º da Convenção deveria aplicar-se, barrando, dessa forma o direito de acção e o eventual recurso a prazo mais alargado previsto no direito interno. Mais uma vez, também esta parte da decisão se nos afigura passível de crítica, pois não foi acautelada a distinção entre aquilo que é a *aplicabilidade da Convenção à relação de transporte aéreo* e aquilo que deve ser a *aplicabilidade do regime de responsabilidade civil previsto na Convenção*. Com efeito, mesmo que se verifique a *aplicabilidade da Convenção à relação de transporte aéreo internacional* que estiver em causa, isso não significa que se aplique *ipso jure* o regime de responsabilidade civil previsto na Convenção e, só se este se aplicar, é que poderá ser invocada a excepção de caducidade (prazo de 2 anos) do direito de acção, prevista na Convenção (artº. 29º da Convenção de Varsóvia, correspondente ao artº. 35º na Convenção de Montreal de 1999) e que também integra as condições e os limites do regime de responsabilidade previsto na Convenção – vide C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 260-263, nota 268. Doutro modo, se se concluir que o regime de responsabilidade civil previsto na Convenção não se aplica, a regra da caducidade a aplicar será a que consta da norma interna cujo regime de responsabilidade se aplica. Julgando em sentido oposto à decisão de última instância proferida no Reino Unido em *Sidhu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, e fundada nos mesmos factos (os demandantes eram também passageiros no voo BA149 de 1 de Agosto de 1990 com partida de Londres e destino em Kuala Lumpur com escala prevista no Kuwait na noite de 1 para 2 de Agosto de 1990), em acção instaurada em França, vide *Mohamed e.a. v. British Airways*, [1997] 51 RFDA 147, 155 (Tribunal de Grande Instance de Paris, 1995; Cour d’Appel de Paris, 1996): “*Considérant que la Convention de Varsovie n’exclut pas toute responsabilité du transporteur aérien de passagers, en dehors des hypothèses entrant dans son champ d’application; qu’admettre la thèse de la société appelante selon laquelle sa responsabilité ne pourrait être appréciée qu’au regard des seules dispositions de la Convention de Varsovie, équivaudrait à consacrer le principe de l’irresponsabilité du transporteur aérien, dans les situations non prévues par cette Convention; (...)*” (Cour d’Appel de Paris, *id.*, p. 160). A aeronave aterrou no aeroporto da Cidade do Kuwait, aproximadamente, 5 horas após o início da invasão do Kuwait pelas forças militares do Iraque, facto este que viria a dar início à Guerra do Golfo. O aeroporto foi encerrado e o voo impedido de descolar devido aos danos, entretanto, causados na pista fruto dos bombardeamentos pela aviação militar iraquiana. Os demandantes foram feitos prisioneiros pelo exército ocupante quando ainda se encontravam no terminal do aeroporto e usados como reféns para servirem de escudos humanos, tendo, posteriormente, sido transferidos para Bagdad. Durante o seu sequestro, que, no pior dos casos, se estendeu por um período de cerca de três meses, os demandantes foram sujeitos a condições muito precárias e severas, incluindo tortura, o que lhes causou danos do foro físico e psíquico. Na sequência disso, interpuseram acção judicial contra a British Airways peticionando a sua condenação no pagamento de indemnização pelos danos infligidos, alegando que a companhia aérea havia agido de forma temerária, sabendo, ou devendo saber, do risco envolvido ao não ter previamente cancelado a escala no Kuwait, visto que, por essa altura, a invasão do Kuwait era já um facto com forte probabilidade de vir a acontecer, considerando o cenário vivido e as circunstâncias resultantes do inesperado rompimento das

negociações diplomáticas. A acção foi instaurada ao abrigo do direito interno e não da Convenção de Varsóvia. A companhia aérea contestou a acção contra-alegando que toda e qualquer responsabilidade que lhe pudesse ser assacada teria de ser fundamentada à luz da Convenção de Varsóvia com sujeição às condições e limites de responsabilidade nela previstos (*principio da exclusividade* da Convenção), recusando ainda qualquer responsabilidade, porquanto os factos não haviam ocorrido nem a bordo, nem no decurso de qualquer operação de embarque ou de desembarque. O tribunal deu como provado que os danos infligidos não apresentavam qualquer ligação ou conexão com as operações de embarque ou de desembarque, nem sequer com qualquer tipo de evento relacionado com a operação da aeronave, concluindo, conseqüentemente, que os danos causados não eram nem inerentes a, nem o resultado de riscos típicos da operação da aeronave ou da navegação aérea previstos na Convenção de Varsóvia. Deste modo, o tribunal julgou não aplicável o regime de responsabilidade civil da Convenção de Varsóvia. Na fundamentação da decisão, e conforme se deixou transcrito *supra*, o tribunal considerou ainda que a Convenção de Varsóvia não exclui a responsabilidade civil do transportador aéreo para além das situações típicas previstas no âmbito da sua *amplitude material (substantive scope)*, e, conseqüentemente, o argumento da demandada, segundo o qual a responsabilidade civil do transportador aéreo não poderia ser fundamentada fora do regime de responsabilidade da Convenção, não deve prevalecer na sua aplicação, pois, doutro modo, tal significaria permitir que o transportador aéreo pudesse escapar à responsabilidade em todas as situações inerentes a uma relação de transporte aéreo internacional em que os factos não tivessem cabimento na *amplitude material (substantive scope)* da Convenção. Assim, o recurso ao direito interno sempre que os factos não se enquadrem dentro da *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Varsóvia é admissível e tal não preclui a primacia do regime da responsabilidade civil da Convenção de Varsóvia apenas e sempre que este seja aplicável. Desta forma, o tribunal decidiu que os acontecimentos que conduziram à invasão do Kuwait e que estiveram na causa do dano infligido aos demandantes não haviam sido *imprevisíveis*, nem *inevitáveis*, e devido à decisão do transportador aéreo de escalar o Kuwait em vez de instruir o piloto para aterrar em qualquer outro lugar, não obstante se ter também provado que a aeronave havia sido abastecida de combustível suficiente para permitir que o voo divergisse em segurança para aeroporto alternativo, constituíam acção deliberada levada a cabo de forma temerária sem qualquer justificação material válida, que expôs os passageiros a riscos de guerra, e, ao fazê-lo da forma como o fez, o transportador aéreo agiu com culpa incorrendo no incumprimento do dever geral de cuidado que sobre ele impendia. Em função do exposto, o transportador aéreo foi condenado a indemnizar integralmente os demandantes pelos danos infligidos de acordo com o direito interno aplicável. Os dois exemplos de jurisprudência comparada, aqui citados, são a manifestação evidente do resultado paradigmático na forma divergente como os tribunais de diferentes jurisdições têm vindo a interpretar e a aplicar o *principio da exclusividade* comum quer à Convenção de Varsóvia de 1929, quer à Convenção de Montreal de 1999. Todavia, se o sentido interpretativo do julgamento proferido pela jurisprudência superior do Reino Unido em *Sidhu v. British Airways/Abnett v. British Airways*, interpretando e aplicando o *principio da exclusividade* na Convenção de Varsóvia de 1929, foi inspirado na necessidade formal de servir, essencialmente, o propósito da uniformidade da Convenção, esta orientação, dificilmente, se concebe que possa ser transposta para a aplicação da Convenção de Montreal de 1999, pois os efeitos de uma interpretação de Convenção ‘*wholly exclusive*’ não se adequam a uma Convenção cujo principal objectivo, nela expressamente declarado, visa a concretização da transição entre duas eras da história da aviação comercial, ou seja, a evolução de um *regime protector do transportador aéreo* para um *regime protector do passageiro aéreo*, através da definição de um novo “*justo equilibrio de interesses*” (*‘equitable balance of interests’*) e “*reconhecendo a importância de assegurar a protecção dos interesses dos utilizadores do transporte aéreo internacional*” (*‘recognizing the importance of ensuring protection of the interests of consumers in international carriage by air’*) – *cfr.* Considerandos terceiro e quinto do Preâmbulo da Convenção de Montreal de 1999, assim como nos trabalhos preparatórios em *International Conference on Air Law (Convention for the Unification of Certain Rules for International Carriage by Air) – Montreal, 10-28 May 1999*, ICAO, vol. III (Preparatory Material), 1999, Montreal, Canada, p. 59 e 67. Semelhante crítica é, igualmente, devida à jurisprudência superior dos EUA plasmada em *EL AL Israel Airlines, Ltd. v. Tseng*, 26 Avi 16,141 (United States Supreme Court, 1999), em que o tribunal de última instância decidiu que a sujeição, por motivos de segurança, a revista intrusiva às partes íntimas de passageira antes da partida de um voo internacional sujeito à aplicação da Convenção de Varsóvia não constituía “acidente” no sentido e para os efeitos da referida Convenção, porque, *inter alia*, as revistas a passageiros fazem parte do normal procedimento de segurança diário das companhias aéreas, e, conseqüentemente, sempre que a indemnização por danos pessoais não é possível ao abrigo da Convenção de Varsóvia, também não o é ao abrigo de qualquer outro regime de responsabilidade. Também na doutrina,

2. Contributo insuficiente para prover ao *equilíbrio de interesses* das partes envolvidas sempre que o sentido de tal jurisprudência possa originar uma jurisprudência reactiva descaracterizadora do conceito normativo do termo “acidente” como forma de evitar a impunidade do transportador aéreo, o que terá o efeito colateral de minar os objectivos subjacentes a cada uma das Convenções (*limitar a vantagem injustificada/limitar a desvantagem injustificada*) com respeito à salvaguarda do referido *equilíbrio de interesses* das partes.

De acordo com a regra geral de interpretação dos tratados, prevista no artº. 31º da Convenção de Viena de 23 de Maio de 1969 sobre o direito dos tratados, um tratado deve ser interpretado de boa fé, segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado no seu *contexto* e à luz dos respectivos *objecto* e *fim*. Acresce que, por força do artº. 32º da referida Convenção, pode-se recorrer a meios complementares de interpretação, incluindo aos *trabalhos preparatórios* do tratado e às *circunstâncias* em que foi concluído o tratado, com vista a confirmar o sentido resultante da aplicação do artº. 31º, ou a determinar o sentido quando a interpretação dada segundo o artº. 31º: (a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou (b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desrazoável. Assim, atendendo ao *fim* quer da Convenção de Varsóvia de 1929, quer da Convenção de Montreal de 1999, afigura-se indubitável e consensual, seja à luz do elemento histórico (*trabalhos preparatórios*), seja à luz dos *fins* estabelecidos no preâmbulo introdutório e título de cada uma das referidas Convenções, que o propósito comum a ambas as Convenções foi o de assegurar a *uniformidade* e a *certeza e segurança jurídica* universais, não obstante a *uniformidade* ser objectivo comum subjacente a qualquer tratado. Todavia, ao garantir a *uniformidade formal* não se pode prejudicar a realização do *objectivo material* (*substantive purpose*) dum tratado, o que, no caso da Convenção de Varsóvia de 1929, de acordo com o respectivo elemento histórico (*trabalhos preparatórios*), foi também o de garantir o *equilíbrio de interesses* (*balance of interests*) em que a protecção do transportador aéreo constituía um importante factor e bem jurídico a preservar, enquanto que, no caso da Convenção de Montreal de 1999, seja à luz dos *trabalhos preparatórios*, seja à luz do respectivo preâmbulo, está em causa garantir um “*justo equilíbrio de interesses*” (“*equitable balance of interests*”) em que a importância da *protecção do consumidor* (*consumer protection*) constitui um valor e um bem jurídico a promover e realizar.

Deste modo, de acordo com a interpretação que se defendeu *supra*, a *uniformidade* deve ser garantida apenas no quadro da *amplitude material* (*substantive scope*) da Convenção, a fim de que o *objectivo material* (*substantive purpose*) da Convenção não seja prejudicado por interpretações conducentes a um resultado que possa ser “*manifestamente absurdo ou desrazoável*” – artº. 32º(b) da Convenção de Viena. Tal aplica-se à Convenção de Varsóvia de 1929, assim como à Convenção de Montreal de 1999.

em sentido contrário, defendendo que o objectivo de qualquer sistema jurídico relativamente à responsabilidade civil é prevenir, por efeito do *dever geral de cuidado*, que, ao abrigo de qualquer relação contratual, as partes possam infligir danos uma à outra, mediante conduta ilícita e culposa, seja violando direitos que assistem à contraparte, seja impedindo o exercício desses direitos ou a aplicação das regras de protecção que os salvagam, *vide* A. MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no Direito Civil*, Coimbra, 1985, vol. I, p. 639.

V. Do Direito e da Justiça Europeus na protecção dos direitos do passageiro

1. Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11.02⁴⁹

1.1. Dos aspectos gerais

Complementarmente ao estatuído nas convenções de *jus tractuum* aplicáveis à relação de transporte aéreo internacional de pessoas, cumpre também trazer à colação o regime decorrente do Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.02, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros

⁴⁹ Para o essencial dos aspectos regulatórios, *vide* a seguinte tabela:

Regulation (EC) No 261/2004 of the European Parliament and of the Council of 11 February 2004			
AIR CARRIAGE OF	CAUSE OF LIABILITY	PASSENGER'S RIGHTS	LEGAL PROVISIONS
PASSENGERS	Denied boarding	1. Right to compensation (except when cancellation is due to extraordinary circumstances or if passenger is informed in advance of the cancellation at least 2 weeks up to 7 days before the scheduled time of departure, or less if the delay at departure is ≤ 1 hour A ≤ 2 hours at arrival); 2. Right to reimbursement or rerouting ; 3. Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed, in case of next day ETD, but not applicable in the case of passenger option for the right to reimbursement due to cancellation) and (iii) communications;	Arts. 4(3), 5, 7, 8 and 9;
	Cancellation	Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed, in case of next day ETD, but not applicable in the case of passenger option for the right to reimbursement due to cancellation) and (iii) communications;	
	Delay	If ≥ 2 hours A < 3 hours [A flights ≤ 1500kms]: Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Arts. 6(1)(a)(i)(ii) and 9;
		If ≥ 3 hours A < 4 hours [A Intra-EU flights > 1500kms V any other flight ≥ 1500kms A ≤ 3500kms]: Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Arts. 6(1)(b)(i)(ii) and 9;
		If ≥ 4 hours A < 5 hours: Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Arts. 6(1)(c)(i)(ii) and 9;
		If ≥ 5 hours: 1. Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications; 2. Right to reimbursement (+ return flight to the first point of departure):	Arts. 6(1)(c)(i)(ii)(iii), 8(1)(a) and 9;
If ETA ≥ 3 hours: 1. Right to compensation (except when cancellation is due to extraordinary circumstances); 2. Right to care: (i) meals & refreshments (proportionally to the waiting time) and (ii) accommodation & transportation (if needed in case of next day ETD) and (iii) communications;	Judicial authority (ECJ Ruling)		
Downgrading	Refund of 30%, 50% or 75% of the ticket price;	Art. 10;	

©Copyright: C. A. Neves Almeida

Ainda sobre o regime geral estatuído ao abrigo do Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.02, *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 139-140 e 596-608, e ID., *Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros*, cit., p. 356-372; J. NAVEAU, M. GODFROID, P. FRÜHLING, *Précis de Droit Aérien*, Bruxelas, 2006, p. 381-387; M. P., VIEIRA, *Os Direitos do Passageiro Aéreo*, in *Estudos de Direito Aéreo* (Coordenação Gouveia, Jorge Bacelar), Coimbra, 2007, p. 561-582 (565-570); N. C., LOURENÇO, *A Limitação de Responsabilidade do Transportador Aéreo Internacional no Transporte de Pessoas – de Varsóvia a Montreal*, in *Temas de Direito dos Transportes* (Coordenação M. JANUÁRIO DA COSTA GOMES), vol. I, Coimbra, 2010, p. 385-534 (424-425; 509-518); L. PIERALLINI, *Regulation 261/2004 – Passengers’ Right to Compensation in Case of Flight Delay. Looking for a Fair Balance of Interests. The Role of the Court of Justice of the EU and the Risk to Waste a Chance for Reform*, in *From Lowlands to High Skies: A Multilevel Jurisdictional Approach Towards Air Law – Essays in Honour of John Balfour* (Edited by P. MENDES DE LEON), Leiden, Boston, 2013, p. 117-134; M. L. JAKOBSEN, J. S. RASMUSSEN, *Locked Out of Heaven: The Air Greenland Case and Extraordinary Circumstances*, in *From Lowlands to High Skies: A Multilevel Jurisdictional Approach Towards Air Law – Essays in Honour of John Balfour*, cit., p. 135-144; A. MENEGHETTI, T. VAN DER WIJNGAART, *Disproportionate Jurisprudence: The CJEU’s Approach to Proportionality in Regulation 261/2004*, in *From Lowlands to High Skies: A Multilevel Jurisdictional Approach Towards Air Law – Essays in Honour of John Balfour*, cit., p. 163-172; E. FREIDENBERG, *International and National Aviation Rules Versus Consumer Protection Regulations: a Comparative Report on the Position of Latin American Countries in Relation to EU Regulation 261/2004*, in *From Lowlands to High Skies: A Multilevel Jurisdictional Approach Towards Air Law – Essays in Honour of John Balfour*, cit., p. 199-213; H. R. ALVES, *Direito Aéreo – Uma Introdução*, Lisboa, 2019, p. 545-568. Comentando o regime emergente do Regulamento (CE) n° 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11.02, na parte excludente da responsabilidade do transportador aéreo com fundamento em “circunstâncias extraordinárias” numa abordagem de direito comparado e de análise casuística nas diferentes modalidades de contratos de transporte, *vide* F. M. MORSELLO, *Contratos de Transporte - Novos Paradigmas do Caso Fortuito e Força Maior*, São Paulo, 2021, p. 337-386.

dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos⁵⁰.

Em termos de abrangência, o regime assim estabelecido visa aplicar-se, em síntese:

- a) aos voos com partida de aeroporto situado no território de Estado-Membro da União Europeia⁵¹;
- b) aos voos operados por companhias aéreas comunitárias a partir de países terceiros com destino a aeroporto situado no território de um Estado-Membro da União Europeia;
- c) aos passageiros tanto dos voos regulares, como dos voos não regulares;
- d) aos passageiros que sejam apenas transportados em aeronaves *motorizadas* de *asa fixa*⁵²;
- e) aos passageiros titulares de bilhete com tarifa, directa ou indirectamente, acessível ao público, e, ainda, aos passageiros que sejam portadores de bilhetes prémio (*award tickets*) emitidos no âmbito de programas de fidelização de clientes.

A sua aplicação não apenas aos voos com partida de aeroporto situado no território de Estado-Membro da União Europeia, mas também aos voos operados por companhias aéreas comunitárias a partir de países terceiros com destino a aeroporto situado no território de um Estado-Membro da União Europeia – a menos que os passageiros hajam recebido benefícios ou uma indemnização e que lhes tenha sido prestada assistência nesse país terceiro ao abrigo da ordem jurídica local –, implica que o mesmo goze de eficácia extraterritorial⁵³.

⁵⁰ Sobre a compatibilidade regulatória entre, por um lado, as Convenções de Varsóvia de 1929 e de Montreal de 1999, quando aplicáveis, e, por outro lado, as fontes comunitárias europeias complementares, *vide* C. A. NEVES ALMEIDA, *Do Contrato de Transporte Aéreo*, cit., p. 447, nota 438, 465, nota 462, e 521-527, incluindo notas 519 e 520, ID., *Contrato de Transporte Aéreo de Passageiros*, cit., p. 297-298, nota 15, e em ID. *Da Responsabilidade Civil das Companhias de Aviação*, cit., p. 1149-1152 no que decorre da aplicação do *princípio da exclusividade* das Convenções. *Vide* também Ac. do TJUE de 10.01.2006 (Case C-344/04 – *IATA & ELFAA v EC*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476668653356&uri=CELEX:62004CJ0344> (data de acesso 01.10.2023), nºs 46-48; Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Lufthansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), nº 57; Ac. do TJUE de 31.01.2013 (Case C-12/11 – *Denise McDonagh v Ryanair Ltd.*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476642149277&uri=CELEX:62011CJ0012> (data de acesso 01.10.2023), nº 21, posicionando a aplicação das fontes comunitárias europeias “*a montante*”/“*earlier stage*”.

⁵¹ Artº. 3º, nº 1, alínea a), do Regulamento CE 261/2004.

⁵² Artº. 3º, nº 4, do Regulamento CE 261/2004.

⁵³ O regime é aplicável aos passageiros dos voos operados a partir de países terceiros com destino a aeroporto situado em Estado-Membro em que o operador técnico ou de facto seja uma companhia aérea comunitária ainda que esta não seja, relativamente a tais passageiros, o transportador comercial. Tal acontecerá, por exemplo, ao abrigo de acordos comerciais seja de *code share* quando o transportador comunitário seja também o operador técnico, ou ao abrigo de acordos de *wet lease* em que o transportador comunitário não seja sequer transportador comercial com relação a essa operação de transporte – *cf.* artºs. 2º, alínea b), e 3º, nº 1, alínea b), do Regulamento CE 261/2004. No sentido de que o Regulamento CE 261/2004 não é aplicável aos voos a partir de países terceiros operados por transportador aéreo não comunitário ainda que se trate de voo de regresso relativo a uma reserva única de ida e volta (Düsseldorf, na Alemanha, com destino a Manila, nas Filipinas, via Dubai, e volta, serviço aéreo este operado pela companhia aérea Emirates, também transportador aéreo comercial) e em que os pontos de partida e de destino final se situam em aeroporto de Estado-Membro (Düsseldorf na Alemanha), *vide* Ac. do TJUE de 10.07.2008 (Case C-173/07 – *Emirates Airlines – Direktion für Deutschland v Diether Schenkel*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476570399284&uri=CELEX:62007CJ0173> (data de acesso 01.10.2023). O voo de regresso, operado pela companhia aérea Emirates, fora cancelado devido

Conforme ficou sumariamente enunciado, o presente regime não se aplica aos passageiros com viagens gratuitas ou com tarifa reduzida não disponível, directa ou indirectamente, ao público, embora se excluam, expressamente, dessa excepção, os bilhetes emitidos a título de prémios (*award tickets*) no âmbito de programas de fidelização de clientes (v.g. *frequent flyer programs*)⁵⁴.

O referido regime consagra, ainda, com particular atenção, o direito a tratamento e assistência *especial e prioritária* a favor quer das pessoas com mobilidade reduzida (*PRMs-Passengers with Reduced Mobility*) ou com necessidades especiais (*PSNs-Passengers with Special Needs*), incluindo respectivos acompanhantes, quer de crianças não acompanhadas (*UMs-Unaccompanied Minors*)⁵⁵.

Por último, o Regulamento CE 261/2004 consagra os seguintes aspectos gerais que urge realçar:

- a) direito à informação do passageiro, devendo o transportador prestar essa informação com antecedência e de forma escrita ou, no caso de passageiros invisuais, utilizando os meios alternativos adequados⁵⁶;
- b) direito do passageiro vir reclamar o ressarcimento de danos suplementares⁵⁷;
- c) reconhecimento do direito de regresso do transportador contra terceiros⁵⁸;
- d) competência cometida aos Estados-Membros para virem estabelecer regime sancionatório interno aplicável às infracções ao regime estatuído no Regulamento CE 261/2004, designando ainda organismo interno a quem seja cometida a fiscalização na sua aplicação⁵⁹.

As obrigações para com os passageiros decorrentes do regime estatuído no Regulamento CE 261/2004 são de natureza jurídica imperativa pelo que não podem ser limitadas, excluídas ou derogadas, sob pena de responsabilidade do transportador ao pagamento de indemnização adicional a favor do passageiro⁶⁰.

a problemas técnicos. O tribunal decidiu que “[o] artigo 3º, n.º 1, alínea a), do Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de Fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91, deve ser interpretado no sentido de que não é aplicável às situações em que está em causa uma viagem de ida e volta no âmbito da qual os passageiros que partiram inicialmente de um aeroporto situado no território de um Estado-Membro ao qual o Tratado CE se aplica regressam a esse aeroporto num voo com partida de um aeroporto situado num país terceiro. A circunstância de o voo de ida e o voo de regresso serem objecto de uma reserva única não é relevante para a interpretação dessa disposição”.

⁵⁴ Art.º 3º, n.º 3, do Regulamento CE 261/2004.

⁵⁵ Art.ºs. 2º, alínea i), 9º, n.º 3, e 11º do Regulamento CE 261/2004.

⁵⁶ Art.º 14º do Regulamento CE 261/2004.

⁵⁷ À imagem, aliás, do que já se verificava no regime anterior constante do Regulamento (CEE) n.º 295/91, do Conselho, de 04.02. Acresce que, também agora, se excluem desta faculdade os “voluntários”, embora, à luz do novo regime, a negação do direito destes a reclamar danos suplementares seja estatuída “sem prejuízo dos princípios e normas relevantes do direito, incluindo a jurisprudência” – *cf.* art.º 12º do Regulamento CE 261/2004.

⁵⁸ Art.º 13º do Regulamento CE 261/2004.

⁵⁹ Art.º 16º do Regulamento CE 261/2004. Em Portugal, semelhante regime viria a ser instituído pelo DL n.º 209/2005, de 29.11, tendo o regulador, à época INAC-Instituto Nacional de Aviação Civil, IP, actual ANAC-Autoridade Nacional de Aviação Civil, sido designado como organismo fiscalizador para o efeito, sem prejuízo das competências atribuídas por lei a outras entidades.

⁶⁰ Art.º 15º do Regulamento CE 261/2004.

1.2. Da recusa de embarque: pressupostos

Constituem ainda pressupostos base de aplicabilidade deste regime, em sede de recusa de embarque, os seguintes factos:

- a) dispor o passageiro de reserva confirmada para o voo em questão; e,
- b) ter-se o passageiro apresentado a registo (*check-in*) nos prazos, local e condições requeridas para o efeito⁶¹.

Em alternativa a tais pressupostos, contempla-se ainda situação em que o passageiro venha transferido por outro transportador aéreo ou operador turístico de voo em que aquele possuía reserva⁶².

A recusa de embarque, quando se verificarem os pressupostos acima enunciados, implica que o transportador deva primeiramente recorrer ao apelo de voluntários que aceitem ceder as suas reservas a troco de contrapartidas. Todavia, semelhante procedimento de apelo a voluntários apenas obriga o transportador quando este tiver motivos razoáveis para prever que vai recusar o embarque para um voo. Assim, verificadas que sejam as condições previstas na lei, apenas é admissível a recusa de embarque contra a vontade do passageiro se o número de voluntários for insuficiente para permitir que os restantes passageiros com reservas possam embarcar⁶³.

Para além do exposto, ao transportador é, igualmente, permitido recusar, legitimamente e sem que fique sujeito às sanções previstas no Regulamento CE 261/2004, o embarque de passageiro com reserva confirmada e que, com a oportunidade devida, se apresente a registo, sempre que tal possa ser justificado com fundamento em motivos razoáveis, conexos, nomeadamente, com razões de saúde, de segurança ou de falta da necessária documentação de viagem⁶⁴.

1.3. Do cancelamento de voo: pressupostos

Em sede de cancelamento de voos, constitui igualmente pressuposto de aplicabilidade deste regime o facto de o passageiro dispor de reserva confirmada para o voo em questão, ou ter aquele sido transferido por outro transportador aéreo ou operador turístico de voo em que aquele possuía reserva⁶⁵.

Nos termos do Regulamento CE 261/2004, entende-se por *cancelamento* a não realização de um voo que anteriormente estava programado e em que, pelo menos, um lugar foi reservado⁶⁶. De acordo com a interpretação do TJUE, verifica-se *cancelamento*, por não realização de um voo que anteriormente estava programado, mesmo quando a aeronave tenha descolado, regressando posteriormente ao aeroporto de partida, sem que de seguida tenha sido dada continuidade à realização da operação conforme programado inicialmente

⁶¹ Quando não seja indicada qualquer hora para o efeito deve o passageiro apresentar-se até 45 minutos antes da hora de partida publicada – *cf.* artº. 3º, nº 2, alínea a), do Regulamento CE 261/2004.

⁶² Artº. 3º, nº 2, alínea b), do Regulamento CE 261/2004.

⁶³ Artº. 4º do Regulamento CE 261/2004.

⁶⁴ Artº. 2º, alínea j), do Regulamento CE 261/2004.

⁶⁵ Artº. 3º, nº 2, do Regulamento CE 261/2004.

⁶⁶ Artº. 2º, alínea l), do Regulamento CE 261/2004.

e no sentido de ser concluído o respectivo serviço aéreo⁶⁷. O *cancelamento* é, assim, a consequência do facto de um voo inicialmente previsto não ter sido realizado⁶⁸.

O transportador aéreo não incorre em responsabilidade com respeito ao pagamento de compensação financeira por cancelamento de voo se provar que o cancelamento se ficou a dever a *circunstâncias extraordinárias* que não poderiam ter sido evitadas mesmo que

⁶⁷ Ac. do TJUE de 13.10.2011 (Case C-83/10 – *Rodriguez e.a. v Air France*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476605842095&uri=CELEX:62010CJ0083> (data de acesso 01.10.2023): “(...) o conceito de «cancelamento», conforme definido no artigo 2.º, alínea l), do Regulamento n.º 261/2004, deve ser interpretado no sentido de que, numa situação como a que está em causa no processo principal, não visa exclusivamente a hipótese de não descolagem do avião em causa, abrangendo igualmente o caso de esse avião ter descolado, mas de, por qualquer razão, ter sido depois forçado a regressar ao aeroporto de partida no qual os passageiros do referido avião foram transferidos para outros voos”.

⁶⁸ Neste sentido, vide também o Ac. do TJUE de 19.11.2009 (Cases C-402/07 – *Christopher Sturgeon e.a. v Condor Flugdienst GmbH* e C-432/07 – *Stefan Böch and Cornelia Lepuschitz v Air France SA*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611030272&uri=CELEX:62007CJ0402> (data de acesso 01.10.2023). Neste acórdão, o TJUE veio estabelecer os critérios que devem informar a linha divisória na distinção entre *atraso* e *cancelamento* de um voo, estatuidando que não é possível inferir do Regulamento CE 261/2004 que um voo atrasado possa ser qualificado de «voo cancelado» pelo simples facto de o atraso se ter prolongado, mesmo de maneira considerável: “(...) não se pode considerar que um voo atrasado, independentemente da duração do atraso, e mesmo que esta seja considerável, foi cancelado, quando se realiza em conformidade com a programação inicialmente prevista pela transportadora aérea. (...) Assim, é, em princípio, possível concluir pela existência de um cancelamento, quando o voo inicialmente previsto e atrasado for transferido para outro voo, isto é, quando a programação do voo inicial é abandonada e os passageiros deste se juntam aos passageiros de um voo igualmente programado, independentemente do voo para o qual os passageiros assim transferidos efectuaram as suas reservas”. Para o efeito, o tribunal desconsiderou e não relevou como critérios decisivos ou determinantes nessa qualificação a informação constante do painel de partidas do aeroporto (indicações de voo “atrasado” ou “cancelado”), nem o facto de os passageiros levantarem as suas bagagens ou receberem novos cartões de embarque, nem mesmo o facto de a composição do grupo de passageiros inicialmente titulares de uma reserva ser essencialmente idêntica à do grupo transportado ulteriormente.

tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis⁶⁹ 70. De acordo com a interpretação restritiva desenvolvida pelo TJUE, a verificação de *circunstâncias extraordinárias* não

⁶⁹ Artº. 5º, nº 3, do Regulamento CE 261/2004. Nos tribunais portugueses, de referir o Ac. do TRP de 09.02.2009 (Proc. 0854270) pub. no *website* do ITIJ – Instituto das Tecnologias de Informação na Justiça <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdff/ef4270d8e5d64b8a8025755a003b660a?OpenDocument> (data de acesso 01.10.2023) que julgou verificadas *circunstâncias extraordinárias* justificativas do cancelamento do voo com fundamento na ocorrência de greve do pessoal dos socorros, exonerando assim o transportador do dever de indemnizar à luz dos artºs. 5º, nº 3, e 7º do Regulamento CE 261/2004. Todavia, cumpre sublinhar que a verificação de *circunstâncias extraordinárias*, eximindo, embora, o transportador do dever de indemnizar nos termos do referido Regulamento CE, não prejudica, *a contrario sensu*, o direito do passageiro a reclamar do transportador quer o reembolso ou o reencaminhamento, quer assistência durante a espera. No Ac. do TJUE de 31.01.2013 (Case C-12/11 – *Denise McDonagh v Ryanair Ltd.*), consultável no *website Eur-Lex in* <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476642149277&uri=CELEX:62011CJ0012> (data de acesso 01.10.2023), o tribunal não só julgou que o encerramento de uma parte do espaço aéreo europeu na sequência da erupção do vulcão Eyjafjallajökull, na Islândia, em Abril de 2010, preenchia o conceito de “*circunstâncias extraordinárias*”, na acepção do artº. 5º, nº 3, do Regulamento CE 261/2004, para efeitos de exoneração das companhias aéreas do seu dever de indemnizar nos termos do artº. 7º do dito Regulamento, como também julgou que tais circunstâncias não eximem as transportadoras aéreas do seu dever de assistência previsto nos artºs. 5º, nº 1, alínea b), e 9º do referido Regulamento, considerando, ainda, que não decorre do referido normativo qualquer limitação, seja de ordem temporal ou pecuniária, ao dever de assistência dos passageiros em circunstâncias extraordinárias, resultando, claramente, nos termos da fundamentação do acórdão, do nº 1, alínea b), do artº. 9º daquele Regulamento comunitário, que o alojamento em hotel é disponibilizado gratuitamente pela transportadora aérea durante o tempo “*necessário*”. No processo, a Ryanair havia alegado, em sua defesa, a violação de vários princípios fundamentais, concretamente, o *princípio da proporcionalidade*, o *princípio do justo equilíbrio de interesses*, o *princípio geral da não discriminação ou da igualdade de tratamento* e o *princípio da liberdade de empresa/iniciativa privada* conjugado com a tutela do *direito à propriedade privada*. Na sua decisão, o tribunal considerou, relativamente ao *princípio da proporcionalidade*, que o dever de assistência, conforme previsto no Regulamento comunitário, não se mostrava desmesurado face ao objectivo de elevada protecção dos passageiros, previsto nos §§ 1 a 4 dos Considerandos constantes do Preâmbulo ao referido Regulamento CE, sustentando, ainda, que a importância de que se reveste o objectivo de protecção dos consumidores, no que se refere aos passageiros, é susceptível de justificar consequências económicas negativas, mesmo consideráveis, para certos operadores económicos. Relativamente ao *princípio do justo equilíbrio de interesses*, consagrado no último parágrafo do Preâmbulo da Convenção de Montreal de 1999, o tribunal sustentou que as medidas consagradas no Regulamento CE 261/2004 se situam a montante das condições previstas na Convenção de Montreal de 1999, pelo que às disposições do referido Regulamento não é aplicável o *princípio do justo equilíbrio de interesses* a que alude aquela Convenção. Quanto ao *princípio geral da não discriminação ou da igualdade de tratamento*, ao abrigo do qual a Ryanair alegava que o dever de assistência previsto nos artºs. 5º, nº 1, alínea b), e 9º do Regulamento CE, numa situação como a que estava em apreciação nos autos, faria com que as transportadoras aéreas suportassem obrigações que, em circunstâncias semelhantes àquelas, não pesam sobre os outros meios de transporte (ferroviário, marítimo, fluvial e rodoviário) relativamente aos direitos e obrigações dos passageiros, o tribunal julgou no sentido de que as empresas que intervêm no sector de actividade dos diferentes meios de transporte não é comparável na medida em que, tendo em conta as respectivas modalidades de funcionamento, as condições da sua acessibilidade e a repartição das suas redes, estes diferentes meios de transporte não são, quanto às respectivas condições de utilização, intermutáveis. Por último, quanto ao *princípio da liberdade de empresa/iniciativa privada* conjugado com a tutela do *direito à propriedade privada*, em que a Ryanair alegou que o dever de assistência previsto nos artºs. 5º, nº 1, alínea b), e 9º do Regulamento CE, numa situação como a que estava em causa nos autos, tinha por efeito privar as companhias aéreas de uma parte dos frutos do seu trabalho e dos investimentos que haviam efectuado, o tribunal respondeu sustentando que a *liberdade de empresa* e o *direito de propriedade* não surgem como prerrogativas absolutas, mas devem ser tomados em consideração relativamente à sua função na sociedade, admitindo a introdução de restrições que respeitem o conteúdo essencial desses direitos e liberdades e que, de acordo com o *princípio da proporcionalidade*, sejam necessárias e correspondam efectivamente a objectivos de interesse geral reconhecidos pela União ou à necessidade de protecção dos direitos e liberdades de terceiros.

abrange avarias técnicas que, pela sua natureza ou origem, sejam inerentes ao exercício normal da actividade do transportador aéreo, mesmo tendo este cumprido com o programa de manutenção do equipamento. Deste modo, para que as avarias técnicas possam ser subsumidas ao conceito de *circunstâncias extraordinárias* terá, não só, que se tratar de vício de *origem externa*, ou seja, não inerente ao normal exercício da actividade de transporte aéreo – v.g. *Foreign Object Damage* (FOD), actos de sabotagem ou de terrorismo, defeito de fabrico oculto (*hidden manufacturing defect*), que, em qualquer das situações, impliquem, de forma impeditiva, com o normal funcionamento em segurança (intrínseca ou *safety*) da aeronave –, mas também, que a respectiva causa se situe fora do controlo do operador aéreo, manifestando-se de natureza *imprevisível* (*unexpected flight safety shortcomings* ou falhas inesperadas para a segurança do voo – cfr. Considerando constante do § 14 do Preâmbulo do Regulamento CE 261/2004), em que o dano não poderia ter sido evitado mesmo tomando o transportador aéreo todas as medidas razoáveis⁷¹.

⁷⁰ A obrigação do transportador aéreo em adoptar *todas as medidas razoáveis* para obviar a verificação de *circunstâncias extraordinárias* constitui um requisito que deve ser subsumido, na apreciação dos factos, de forma dinâmica e não meramente estática, relevando apenas a *causa real vigente* e *actual* no momento da decisão do cancelamento do voo. A questão coloca-se nas situações de concorrência sucessiva de causas impeditivas (*circunstâncias extraordinárias*) que, numa primeira fase, revelando-se imprevistas no momento em que ocorrem mas passíveis de previsibilidade quanto à sua curta duração, podendo justificar um mero atraso à partida, acabam por ser sucedidas pelo concurso de novas causas impeditivas da realização do voo, podendo conduzir ao seu cancelamento numa altura em que já não se verificam as causas iniciais, ou seja, quando as *circunstâncias extraordinárias* ocorridas inicialmente deixaram de existir. Nestes casos, para avaliar se o transportador adoptou *todas as medidas razoáveis* para obviar a verificação de *circunstâncias extraordinárias* que conduziram ao cancelamento do voo, haverá que atender não apenas às *circunstâncias extraordinárias* ocorridas inicialmente, mas também à acção do transportador no sentido de adoptar todas as medidas razoáveis para evitar a ocorrência das novas *circunstâncias extraordinárias* que se revelem como *causa real* (*causa efectiva*) do cancelamento. Neste sentido, no Ac. do TJUE de 12.05.2011 (Case C-294/10 – *Andrejs Eglitis e.a. v Latvijas Republikas Ekonomikas ministrija & Air Baltic Corporation AS*), consultável no website *Eur-Lex* in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476654680700&uri=CELEX:62010CJ0294> (data de acesso 01.10.2023), em que o tribunal considerou verificadas as *circunstâncias extraordinárias* que conduziram ao atraso de pouco mais de 2 horas na partida do voo com fundamento no encerramento do espaço aéreo sueco da região de Malmö devido a falhas nos sistemas de alimentação de energia eléctrica que acarretaram avarias nos radares e nos sistemas de navegação aérea, mas em que, após essas circunstâncias se terem deixado de verificar, o voo acabaria por ser cancelado com fundamento no esgotamento do tempo de trabalho da tripulação necessário à realização da totalidade do voo. Em função da factualidade descrita, o tribunal julgou no sentido de que “(...) a transportadora aérea, uma vez que está obrigada a adoptar todas as medidas razoáveis a fim de obviar a *circunstâncias extraordinárias*, deve, razoavelmente, na fase da planificação do voo, ter em conta o risco de atraso ligado à eventual ocorrência de tais *circunstâncias*. Por conseguinte, deve prever uma determinada reserva de tempo que lhe permita, se possível, efectuar o voo na sua integralidade, quando as *circunstâncias extraordinárias* tiverem cessado”. Tal significa que o cancelamento de um voo apenas será justificado, para efeitos do disposto no art.º 5º, n.º 3, do Regulamento CE 261/2004, quando, estando findo o impedimento inicial ou se preveja o momento certo ou expectável do seu fim, o transportador tenha reorganizado os recursos ao seu alcance de modo a permitir a realização posterior do transporte aéreo, exceptuadas as situações em que, por razões que transcendem a vontade e a acção do transportador aéreo, não lhe seja possível adoptar todas as medidas razoáveis necessárias a evitar a ocorrência de *circunstâncias extraordinárias* ou quando estas não possam ser evitadas mesmo tomando todas as medidas razoáveis (v.g. encerramento nocturno do aeroporto de destino, falta de *slot* ou dificuldade na realocação de corredor aéreo).

⁷¹ Ac. do TJUE de 22.12.2008 (Case C-549/07 – *Friederike Wallentin-Hermann v Alitalia – Linee Aeree Italiane SpA*), consultável no website *Eur-Lex* in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476609448883&uri=CELEX:62007CJ0549> (data de acesso 01.10.2023). No julgamento citado estava em causa a apreciação de avaria técnica da turbina de um dos reactores da

aeronave e que motivaria o cancelamento do voo. O tribunal não considerou que tivessem ocorrido circunstâncias extraordinárias: “[e]mbora o legislador tenha feito constar da referida lista as «falhas inesperadas para a segurança do voo» e se possa considerar que um problema técnico detectado na aeronave constitui uma dessas falhas, a verdade é que as circunstâncias que rodeiam esse evento só podem ser qualificadas de «extraordinárias», na acepção do artigo 5º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, se estiverem relacionadas com um evento que, à semelhança dos enumerados no décimo quarto considerando desse regulamento, não seja inerente ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e que, devido à sua natureza ou à sua origem, escape ao controlo efectivo desta última” (parágrafo 23). Não obstante, o tribunal considerou também que “[t]odavia, não se pode excluir que problemas técnicos constituam essas circunstâncias extraordinárias, desde que decorram de eventos não inerentes ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e que escapem ao controlo efectivo desta última. É o que sucede, por exemplo, na situação em que o construtor dos aparelhos da frota da transportadora aérea em causa ou uma autoridade competente revela, quando esses aparelhos já estão ao serviço, que os mesmos têm um defeito de fabrico oculto que afecta a segurança dos voos. O mesmo vale para os danos causados às aeronaves por actos de sabotagem ou de terrorismo” (parágrafo 26). No mesmo sentido, vide Ac. do TJUE de 19.11.2009 (Cases C-402/07 – *Christopher Sturgeon e.a. v Condor Flugdienst GmbH* e C-432/07 – *Stefan Böch and Cornelia Lepuschitz v Air France SA*), consultável no website Eur-Lex in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611030272&uri=CELEX:62007CJ0402> (data de acesso 01.10.2023): “[o] artigo 5º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004 deve ser interpretado no sentido de que um problema técnico numa aeronave, que implica o cancelamento ou o atraso de um voo, não se enquadra no conceito de «circunstâncias extraordinárias», na acepção desta disposição, salvo se esse problema decorrer de eventos que, pela sua natureza ou a sua origem, não sejam inerentes ao exercício normal da actividade da transportadora aérea em causa e escapem ao seu controlo efectivo”; Ac. do TJUE de 17.09.2015 (Case C-257/14 – *Corina van der Lans v KLM – Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611745055&uri=CELEX:62014CJ0257> (data de acesso 01.10.2023), caso em que se verificou uma avaria na bomba de combustível e na unidade hidromecânica de um dos motores da aeronave, facto julgado não abrangido pelo conceito de circunstâncias extraordinárias: “[o] artigo 5º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91, deve ser interpretado no sentido de que um problema técnico, como o que está em causa no processo principal, que ocorreu inesperadamente, que não é imputável a uma manutenção defeituosa e que não foi detetado durante um controlo regular, não está abrangido pelo conceito de «circunstâncias extraordinárias», na aceção desta disposição”; e Despacho do TJUE de 14.11.2014 (Case C-394/14 – *Sandy Siewert e.a. v Condor Flugdienst GmbH*), consultável em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476612212623&uri=CELEX:62014CO0394> (data de acesso 01.10.2023). Neste último caso, a aeronave havia sofrido na véspera um dano estrutural numa asa na sequência da colisão de escada móvel de embarque durante a assistência em escala no aeroporto de Estugarda, o que obrigaria à substituição daquela. O tribunal decidiu no sentido de não se tratar de acto estranho (“*exterior*”) aos serviços do aeroporto e, por conseguinte, não considerou o facto abrangido pelo conceito de circunstâncias extraordinárias: “[o] artigo 5º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 11 de fevereiro de 2004, que estabelece regras comuns para a indemnização e a assistência aos passageiros dos transportes aéreos em caso de recusa de embarque e de cancelamento ou atraso considerável dos voos e que revoga o Regulamento (CEE) n.º 295/91, deve ser interpretado no sentido de que um acontecimento como, no caso do processo principal, o choque de uma escada móvel de embarque de um aeroporto contra um avião não deve ser qualificado de «circunstância extraordinária» que dispensa a transportadora aérea da obrigação de indemnização dos passageiros em caso de atraso considerável de um voo operado por esse avião”. Na sua fundamentação, o tribunal considerou que “[n]o que respeita mais concretamente aos problemas técnicos que afetam um avião (...), embora esses problemas técnicos possam ser considerados entre as referidas circunstâncias, não deixa de ser verdade que as circunstâncias que rodeiam esse acontecimento só podem ser qualificadas de «extraordinárias», na aceção do artigo 5º, n.º 3, do Regulamento n.º 261/2004, se estiverem relacionadas com um acontecimento que, à semelhança dos enumerados no considerando 14 desse regulamento, não é inerente ao exercício normal da atividade da transportadora aérea em causa e que, devido à sua natureza ou à sua origem, escapa ao controlo efetivo desta última. (...) tratando-se de um problema técnico que tem origem no choque de uma escada móvel de embarque de um aeroporto contra um avião, há que salientar que essas escadas ou passadeiras móveis

Da mesma forma, em caso de cancelamento de voo, o transportador também não incorre em responsabilidade se:

- a) tiver informado o passageiro do cancelamento pelo menos duas semanas antes da hora programada de partida; ou,
- b) tiver informado o passageiro do cancelamento entre duas semanas e sete dias antes da hora programada de partida e se lhe tiver oferecido reencaminhamento que lhe permitisse partir até duas horas antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até quatro horas depois da hora programada de chegada; ou,
- c) tiver informado o passageiro do cancelamento menos de sete dias antes da hora programada de partida e se lhe tiver oferecido reencaminhamento que lhe permitisse partir até uma hora antes da hora programada de partida e chegar ao destino final até duas horas depois da hora programada de chegada⁷².

1.4. Do atraso na partida: pressupostos

O Regulamento CE 261/2004 estabelece como pressupostos cumulativos de aplicabilidade, em caso de atraso na partida, os seguintes factos:

- a) dispor o passageiro de reserva confirmada para o voo em questão; e,
- b) ter-se aquele apresentado a registo (*check-in*) com a oportunidade devida⁷³; e,
- c) ser previsível que a partida do voo vá atrasar:
 - i. duas horas ou mais, no caso de quaisquer voos até 1.500 kms; ou,
 - ii. três horas ou mais, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1.500 kms, e no de quaisquer outros voos entre 1.500 kms e 3.500 kms; ou,
 - iii. quatro horas ou mais, no caso de quaisquer outros voos não abrangidos nos grupos anteriores⁷⁴.

1.5. Da recusa de embarque e cancelamento de voo: efeitos

Em caso de recusa de embarque ou de cancelamento do voo, é devida ao passageiro a satisfação dos seguintes direitos:

- a) pagamento imediato de indemnização, sob a forma de compensação financeira e devida em numerário, a que correspondem os seguintes valores mínimos por passageiro⁷⁵:
 - i. 250€ para todos dos voos até 1.500 kms;

são necessariamente utilizadas no contexto de um transporte aéreo de passageiros, permitindo a estes subir para o avião e descer deste, pelo que as transportadoras aéreas se veem regularmente confrontadas com situações resultantes da utilização dessas escadas móveis. Nestas condições, o choque de um avião com uma dessas escadas móveis deve ser considerado um acontecimento inerente ao exercício normal da atividade de transportadora aérea. Além disso, nada indica que o dano do avião que devia efetuar o voo controvertido tenha sido causado por um ato exterior aos serviços normais de um aeroporto, como um ato de sabotagem ou de terrorismo” (parágrafos 18 e 19). Não obstante, o tribunal julgou *obiter dictum* não prejudicado o direito do transportador aéreo a exercer o direito de regresso sobre terceiros previsto no artº. 13º do Regulamento CE 261/2004 (parágrafo 21).

⁷² Artº. 5º, nº 1, alínea c), do Regulamento CE 261/2004.

⁷³ Ou vir o passageiro transferido por outro transportador aéreo ou operador turístico de voo em que aquele possuía reserva – *cfr.* Artº. 3º, nº 2, alíneas a) e b), do Regulamento CE 261/2004.

⁷⁴ Artº. 6º, nº 1, do Regulamento CE 261/2004. Tal como no regime anterior, as distâncias referidas são medidas pelo método da rota ortodrómica – *cfr.* artº. 7º, nº 4, do Regulamento CE 261/2004.

⁷⁵ Artºs. 4º, nº 3, 5º e 7º do Regulamento CE 261/2004.

- ii. 400€ para todos os voos intracomunitários com mais de 1.500 kms e para todos os outros voos entre 1.500 e 3.500 kms;
 - iii. 600€ para todos os outros voos com mais de 3.500 kms.
- b) reembolso ou reencaminhamento, à escolha do passageiro, nos seguintes termos⁷⁶:
- i. reembolso, no prazo de sete dias, do preço total de compra do bilhete, para a parte ou partes da viagem não efectuadas, e parte ou partes da viagem já efectuadas se o voo já não se justificar em relação ao plano inicial de viagem, cumulativamente, nos casos em que se justifique, com um voo de regresso para o primeiro ponto de partida; ou,
 - ii. reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final, na primeira oportunidade; ou,
 - iii. reencaminhamento, em condições de transporte equivalentes, para o seu destino final numa data posterior, da conveniência do passageiro e sujeito à disponibilidade de lugares.
- c) assistência gratuita, durante o tempo de espera, compreendendo a satisfação dos seguintes serviços⁷⁷:
- i. refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera;
 - ii. alojamento em hotel:
 - 1. caso se torne necessária a estadia por uma ou mais noites, ou
 - 2. caso se torne necessária uma estadia adicional à prevista pelo passageiro;
 - iii. transporte entre o aeroporto e o local de alojamento (hotel ou outro);
 - iv. duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou por correio electrónico.

Quando ao passageiro seja oferecido reencaminhamento para o seu destino final num voo alternativo cuja hora de chegada não exceda a hora programada de chegada do voo originalmente reservado: (a) em duas horas, no caso de quaisquer voos até 1.500 kms; ou (b) em três horas, no caso de quaisquer voos intracomunitários com mais de 1.500 kms e no de quaisquer outros voos entre 1.500 e 3.500 kms; ou (c) em quatro horas, no caso de quaisquer voos não abrangidos nas categorias referidas anteriormente, o transportador aéreo poderá reduzir em 50% o valor mínimo das indemnizações devidas por recusa de embarque ou por cancelamento de voo⁷⁸.

Nas situações de cancelamento de voo, o alojamento em hotel e o respectivo transporte entre o aeroporto e o local de alojamento apenas serão devidos pelo transportador aéreo, em caso de reencaminhamento, quando a hora de partida razoavelmente prevista do novo voo for, pelo menos, o dia após a partida que estava programada para o voo cancelado⁷⁹.

⁷⁶ Artºs. 4º, nº 3, 5º e 8º do Regulamento CE 261/2004.

⁷⁷ Artºs. 4º, nº 3, 5º e 9º do Regulamento CE 261/2004.

⁷⁸ Artº. 7º, nº 2, do Regulamento CE 261/2004.

⁷⁹ Artº. 5º, nº 1, alínea b), *in fine*, do Regulamento CE 261/2004.

1.6. Do atraso na partida: efeitos

Em caso de atraso na partida é devida ao passageiro a satisfação de assistência gratuita durante a espera, nos seguintes termos⁸⁰:

- i. refeições e bebidas em proporção razoável com o tempo de espera;
- ii. alojamento em hotel:
 1. caso se torne necessária a estadia por uma ou mais noites, ou
 2. caso se torne necessária uma estadia adicional à prevista pelo passageiro;
- iii. transporte entre o aeroporto e o local de alojamento (hotel ou outro);
- iv. duas chamadas telefónicas, telexes, mensagens via fax ou por correio electrónico.

O alojamento em hotel e o respectivo transporte entre o aeroporto e o local de alojamento apenas serão devidos pelo transportador aéreo quando a hora de partida razoavelmente prevista for, pelo menos, o dia após a hora de partida previamente anunciada.

Quando o atraso for de, pelo menos, cinco horas, o passageiro pode, igualmente, optar pelo reembolso do bilhete e, cumulativamente, nos casos em que se justifique, o direito a beneficiar de voo de regresso para o primeiro ponto de partida⁸¹.

A jurisprudência do TJUE, usando a analogia em sede de hermenêutica jurídica e dessa forma suprindo a omissão do elemento literal da norma, veio reestruturar, em caso de atraso considerável de duração igual ou superior a 3 horas, as obrigações das transportadoras aéreas previstas nos artigos 5º, 6º e 7º do Regulamento CE 261/2004, estatuidando que “[o]s artigos 5.º, 6.º e 7.º do Regulamento n.º 261/2004 devem ser interpretados no sentido de que os passageiros de voos atrasados podem ser equiparados aos passageiros de voos cancelados, para efeitos da aplicação do direito a indemnização, e de que esses passageiros podem, assim, invocar o direito a indemnização previsto no artigo 7.º desse regulamento, quando o tempo que perderam por causa de um voo atrasado seja igual ou superior a três horas, isto é, quando cheguem ao seu destino final três horas ou mais após a hora de chegada inicialmente prevista pela transportadora aérea”⁸². Procedeu-se, por conseguinte, por via jurisprudencial, a uma equiparação, para efeitos do direito à indemnização previsto no artº. 7º do Regulamento CE 261/2004, dos passageiros dos voos com *atraso considerável de duração igual ou superior a 3 horas* aos passageiros com *cancelamento* de voo. Essa equiparação implica, igualmente, concluir que “*tal atraso não confere aos passageiros o direito a indemnização se a*

⁸⁰ Artºs. 6º e 9º do Regulamento CE 261/2004.

⁸¹ Artºs. 6º, nº 1, alínea iii), e 8º, nº 1, alínea a), do Regulamento CE 261/2004 (conforme rectificação ao artº. 6º, nº 1, alínea iii), publicada no JOUE L 37 de 9 de Fevereiro de 2007).

⁸² Ac. do TJUE de 19.11.2009 (Cases C-402/07 – *Christopher Sturgeon e.a. v Condor Flugdienst GmbH* e C-432/07 – *Stefan Böch and Cornelia Lepuschitz v Air France SA*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476611030272&uri=CELEX:62007CJ0402> (data de acesso 01.10.2023). Vide, igualmente, no mesmo sentido, o Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Lufthansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), e o Despacho do TJUE de 14.11.2014 (Case C-394/14 – *Sandy Siewert e.a. v Condor Flugdienst GmbH*), consultável no website Eur-Lex in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476612212623&uri=CELEX:62014CO0394> (data de acesso 01.10.2023).

*transportadora aérea estiver em condições de provar que o atraso considerável se ficou a dever a circunstâncias extraordinárias que não poderiam ter sido evitadas mesmo que tivessem sido tomadas todas as medidas razoáveis, mais precisamente devido a circunstâncias que escapam ao controlo efectivo da transportadora aérea*⁸³, o que significa estender a aplicação do disposto no artº. 5º, nº 3, do Regulamento CE 261/2004, aplicável ao cancelamento de voo, também ao atraso considerável de duração igual ou superior a 3 horas. Os fundamentos expendidos pelo TJUE para tal qualificação residem nos seguintes argumentos de direito⁸⁴:

- a) o conceito de *atraso considerável*, embora não definido no Regulamento CE 261/2004, surge, no considerando § 15 do seu Preâmbulo, ligado ao conceito de *circunstâncias extraordinárias* igualmente justificativas do cancelamento de voo, pelo que também esse conceito se encontra ligado ao direito a indemnização;
- b) os §§ 1 a 4 do Preâmbulo do Regulamento CE 261/2004, em particular o seu § 2, têm como escopo implícito deixar claro que a *ratio legis* subjacente ao referido Regulamento CE visa garantir um elevado nível de protecção do passageiro, independentemente do facto de este se encontrar numa situação de recusa de embarque, de cancelamento ou de atraso do voo, uma vez que as situações enunciadas são todas elas causas de séria perturbação ou inconveniência similar infligida ao passageiro em conexão com o transporte aéreo;
- c) as disposições que concedem direitos aos passageiros do transporte aéreo, inclusive as que conferem um direito a indemnização, devem ser interpretadas em sentido amplo;
- d) sempre que uma disposição de direito comunitário europeu seja susceptível de várias interpretações, deve dar-se prioridade à que é adequada para salvaguardar o seu efeito útil;
- e) os actos comunitários devem ser interpretados em conformidade com o direito primário no seu todo, inclusivamente com o princípio da igualdade de tratamento que exige que situações comparáveis não sejam tratadas de maneira diferente e que situações diferentes não sejam tratadas de maneira igual;
- f) o Regulamento CE 261/2004 visa reparar os prejuízos de maneira uniforme e imediata, através de diversas formas de intervenção que são objecto de regimes respeitantes à recusa de embarque, ao cancelamento e ao atraso considerável de um voo, e que esse prejuízo, que consiste no tempo perdido pelos passageiros afectados, é análogo em qualquer das situações enunciadas de recusa de embarque, cancelamento ou atraso considerável;
- g) consequentemente, os passageiros cujos voos foram cancelados e os passageiros afectados por um atraso do voo sofrem dano similar consistente na perda de tempo, pelo que, dessa forma, ambas as situações são comparáveis para efeitos de aplicação do direito à compensação estabelecido no artº. 7º do Regulamento;
- h) nos termos do artº. 5º, nº 1, alínea c), iii), do Regulamento CE 261/2004, os passageiros de voo cancelado têm direito à indemnização prevista no artº. 7º do

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ No Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Lufthansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), foi, pese embora sem sucesso, impugnada pelas companhias aéreas, partes processuais, a compatibilidade da interpretação do TJUE quer com a Convenção de Montreal de 1999, quer com o *princípio da segurança jurídica*, quer com o *princípio da proporcionalidade*.

Regulamento se a transportadora não os reencaminhar para um voo que parta até uma hora antes da hora de partida prevista e chegue ao seu destino final até duas horas depois da hora de chegada prevista, o que significa que esses passageiros adquirem, assim, o direito a ser indenizados quando o tempo que perderam seja igual ou superior a três horas relativamente à duração inicialmente prevista pela transportadora para o voo cancelado;

- i) Ao invés, nenhuma disposição do Regulamento CE 261/2004 concede expressamente uma indemnização aos passageiros que tomam conhecimento à última hora, ou mesmo durante o voo, que vai haver um atraso relevante e que chegarão ao respectivo destino três ou mais horas após a hora de chegada inicialmente prevista, pelo que se estes passageiros de voos atrasados não adquirissem igualmente o direito à indemnização, seriam tratados de maneira menos favorável, apesar de, muito provavelmente, perderem o mesmo tempo, ou seja, três ou mais horas;
- j) Sendo, assim, análogos os prejuízos sofridos pelos passageiros em caso de cancelamento ou de atraso considerável, e inexistindo razão objectiva que pareça justificar tal diferença de tratamento, os passageiros de voos atrasados e os passageiros de voos cancelados não podem ser tratados de maneira diferente, sob pena de violação do princípio da igualdade de tratamento;
- k) Nestas condições, deve concluir-se que os passageiros de voos atrasados podem invocar o direito a indemnização previsto no artigo 7.º do Regulamento n.º 261/2004, quando o tempo que perderam por causa desses voos seja igual ou superior a três horas, isto é, quando cheguem ao seu destino final três horas ou mais após a hora de chegada inicialmente prevista pela transportadora aérea.

O entendimento do TJUE nesta matéria suscita crítica pelas implicações que tal orientação produz na sua conformidade com o *princípio da exclusividade* das Convenções de Montreal de 1999 e de Varsóvia de 1929, seja porque interfere com a *reserva exclusiva* subjacente à *amplitude material (substantive scope)* das Convenções, seja porque, nesse âmbito, altera as regras do ónus da prova (*onus probandi*) e permite o pagamento de indemnizações punitivas.

1.7. Do downgrading na admissão a bordo: efeitos

Em caso de, na aceitação a bordo, o transportador colocar o passageiro numa classe inferior àquela para a qual o bilhete fora adquirido (*downgrading*), o transportador aéreo obriga-se a reembolsar o passageiro, no prazo de sete dias, de⁸⁵:

- a) 30% do preço do bilhete para todos os voos até 1.500 kms;
- b) 50% do preço do bilhete para todos os voos intracomunitários com mais de 1.500 kms e para todos os outros voos entre 1.500 e 3.500 kms;
- c) 75% do preço do bilhete para todos os outros voos com mais de 3.500 kms.

VI. Das Conclusões

Em jeito de síntese conclusiva, e tendo presente a evolução do quadro normativo *supra* enunciado, há a registar, no que concerne em geral à produção normativa em sede de regulação do contrato de transporte aéreo de pessoas e bagagens e da responsabilidade

⁸⁵ Artº. 10º, nº 2, do Regulamento CE 261/2004.

civil do transportador aéreo conexas com a prestação de serviço de transporte aéreo, um crescendo no sentido da protecção dos direitos do passageiro o que aparenta estar em linha com as preocupações actuais de protecção dos direitos do consumidor.

No que em particular concerne às convenções internacionais de *jus tractuum* aplicáveis na matéria, essa preocupação evolutiva manifesta-se através da tendência geral no sentido quer da consagração da socialização da responsabilidade civil do transportador aéreo, fruto da influência e preponderância neste domínio das ideias *risque-crée* e *risque profit*, quer da revisão dos limites de responsabilidade complementado por mecanismo de actualização periódica em função da verificação de certos requisitos prévia e objectivamente estabelecidos no texto da Convenção de Montreal de 1999 (*escalator clause*), desta forma se redefinindo o quadro do *justo equilibrio de interesses*.

Em sede de produção jurisprudencial, verifica-se que os desvios não admitidos ao *princípio da exclusividade* das convenções de direito internacional aplicáveis, ou a sua interpretação no sentido oposto que atribui às convenções a função normativa *total e absoluta* – alcance ‘*wholly exclusive*’, apresentando-se como *absolute exclusive cause of action and sole remedy (doctrine of complete preemption)* –, ambas as expressões com registo nalguma jurisprudência comparada, têm como consequência o não respeito pelo *equilibrio de interesses* subjacente aos referidos regimes internacionais convencionais, com prejuízo para a coerência intrínseca do sistema normativo em que tais regimes internacionais se enquadram.

Em especial no que respeita às fontes complementares de direito derivado europeu, assiste-se ainda a um alargamento do quadro de protecção do passageiro através de uma maior abrangência da previsão normativa e sua extensão a novas situações igualmente dignas de protecção, concretamente ao cancelamento, atraso considerável de voos à partida e *downgrading*, e não apenas à recusa de embarque por motivos de *overbooking* (voos sobrerreservados), relativamente às quais expressamente se proclama e consagra a elevação dos níveis de protecção.

No domínio da acção jurisprudencial, em particular do TJUE, no que concerne à interpretação e aplicação do direito derivado europeu vigente na matéria, há a registar, de forma notória, uma tendência fortemente marcada pela *interpretação ampla* das normas que consagram direitos do passageiro, contrapondo com uma *interpretação restritiva* das normas que consagram causas excludentes da responsabilidade civil do transportador aéreo.

Semelhante orientação jurisprudencial da justiça superior europeia encontra respaldo e fundamentação no Regulamento (CE) nº 261/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho de 11 de Fevereiro, em cujo preâmbulo, expressamente, se consagra “*o objectivo de garantir um elevado nível de protecção dos passageiros*”, devendo “*ser tidas plenamente em conta as exigências de protecção dos consumidores em geral*” (Considerando 1).

Orientando-se nesse sentido, o TJUE estabeleceu também a linha de fronteira que distingue os conceitos de *cancelamento (cancellation)* e de *atraso considerável (long delay)*, tornando claro que o *atraso considerável de um voo (long delayed flight)* nunca é o *cancelamento de um voo (flight cancellation)* sempre que o voo é operado de acordo com o plano original do transportador aéreo, mesmo que o atraso seja demasiado longo, contribuindo, desta forma, para desencorajar o efeito útil de qualquer tentativa por parte do transportador aéreo para encobrir um verdadeiro *cancelamento* sob a capa de um pretenso *atraso considerável* com o intento de evitar o pagamento da indemnização devida aos passageiros. Concomitantemente, o TJUE estabeleceu a equiparação de regimes entre o *cancelamento* e o *atraso considerável* para efeitos de pagamento da

compensação ao passageiro desde que o *atraso considerável*, a determinar à *chegada* do passageiro ao destino contratado, seja igual ou superior a três horas. Todavia, semelhante orientação jurisprudencial do TJUE não permite prevenir a *concorrência* desta orientação com a *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Montreal de 1999 (assim como da Convenção de Varsóvia de 1999), e, conseqüentemente, evitar o conflito com o *princípio da exclusividade* da Convenção. De facto, recorrendo à analogia com o propósito de integrar uma lacuna que, na sua perspectiva, o TJUE identificou no Regulamento 261/2004, acabaria aquele por alargar o âmbito de aplicação da norma europeia, estendendo a sua abrangência para além dos aspectos de *inexecução contratual (non-performance of the air carriage contract respects)* a montante (v.g. recusa de embarque, cancelamento, atraso considerável à partida), domínio esse que o próprio TJUE havia, anteriormente, qualificado de ‘*earlier stage*’ da *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Montreal de 1999⁸⁶, e, nesse sentido, passando a norma europeia a aplicar-se também a aspectos que integram a *amplitude material (substantive scope)* da Convenção de Montreal de 1999 em contravenção com o *princípio da exclusividade* que decorre desta última (v.g. responsabilidade civil do transportador aéreo por atraso à chegada emergente da execução do contrato de transporte aéreo). Acresce que o direito à compensação por atraso à chegada de acordo com a orientação do TJUE acaba por assumir a forma de *liquidated damages compensation* imposta ao transportador aéreo, sendo que, seja à luz da Convenção de Montreal de 1999, seja à luz da Convenção de Varsóvia de 1929, o montante dos danos indemnizáveis está sujeito ao ónus da prova do lesado, cabendo a este oferecer prova dos factos que evidenciem o *quantum* dos danos causados. Por isso, dispensando o lesado do ónus da prova sobre o montante do dano infligido – o que, nesse caso, lhe permitirá sempre obter indemnização mesmo que não tenha ocorrido dano –, atribui à indemnização a pagar uma finalidade *sancionatória (true penalty)* e não, como deveria ser, *compensatória*, facto que contraria o *princípio da restituição* ou *função reparatória* inerente a qualquer das Convenções, e, em particular, expressamente consagrado quer no considerando terceiro, quer no artº. 29º da Convenção de Montreal de 1999, afastando a aplicabilidade das “*indemnizações punitivas*”.

Deste modo, em guisa de conclusão final sobre a compatibilidade da jurisprudência europeia e o regime das Convenções de Varsóvia de 1929 e de Montreal de 1999, reiterando conclusão já liminarmente expressa *supra*, o entendimento do TJUE nesta matéria suscita sérias críticas pelas implicações que tal orientação produz na sua conformidade com o *princípio da exclusividade* das Convenções de Montreal de 1999 e de Varsóvia de 1929, seja porque interfere com a *reserva exclusiva* subjacente à *amplitude material (substantive scope)* das Convenções, seja porque, nesse âmbito, altera as regras do ónus da prova (*onus probandi*) e permite o pagamento de indemnizações punitivas.

⁸⁶ Ac. do TJUE de 10.01.2006 (Case C-344/04 – *IATA & ELFAA v EC*), pub. in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476668653356&uri=CELEX:62004CJ0344> (data de acesso 01.10.2023), nºs 46-48; Ac. do TJUE de 23.10.2012 (Cases C-581/10 – *Emeka Nelson e.a. v Deutsche Lufthansa AG* e C-629/10 – *TUI Travel plc e.a. v Civil Aviation Authority*), publicado in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476659327776&uri=CELEX:62010CJ0581> (data de acesso 01.10.2023), nº 57; Ac. do TJUE de 31.01.2013 (Case C-12/11 – *Denise McDonagh v Ryanair Ltd.*), in <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?qid=1476642149277&uri=CELEX:62011CJ0012> (data de acesso 01.10.2023), nº 21, posicionando a aplicação das fontes comunitárias europeias “*a montante*”/“*earlier stage*” – vide também *supra* nota 50.

Articoli e Saggi

Il δρόμος dell'Impero Romano d'Oriente tra “geografia” del potere e diritto*

Danilo Ceccarelli Morolli

*Membro Corr. del Pontificio Comitato di Scienze Storiche
Pontificio Istituto Orientale
Università Telematica G. Marconi*

Abstract

The “dromos” of the Eastern Roman Empire between “Geography” of Power and Law.

The paper focuses on the δρόμος – i.e. the Imperial Postal Service of the Eastern Roman Empire – as an example for “mapping” the administrative power through the law, with special reference to the 30th title of 6th book of the Βασιλικά, that was the legal source of the heyday of the Empire.

Key words: postal service in Byzantium, δρόμος, Βασιλικά, Byzantine law.

Sommario — 1. Introduzione — 2. Il δρόμος: tra “geografia” del potere e diritto — 3. Alcune brevi riflessioni in margine.

1. Introduzione

Le comunicazioni, ovvero le linee di trasporto e con esse la veicolazione di informazioni, anche riservate, in certi casi addirittura ritenute vitali, sono state sempre un nodo nevralgico per ogni Stato e Impero così come oggi per le entità e le organizzazioni altamente strutturate.

Come ben noto, i Romani, nella loro saggezza e genialità organizzativa, crearono un sistema articolato, complesso ed efficiente per tali necessità, ovvero il così detto *cursus publicus*. Questo consisteva in una vera e propria rete di strade, stazioni di rifornimento e quindi trasporto di persone, di merci e di messaggeri di interesse per lo “Stato”. Ecco perché era detto “*publicus*” in quanto non era ad uso dei privati, bensì utilizzabile solo per i fini statuali¹. Ben duecento mila chilometri di vie di comunicazione che,

* Sottoposto a referaggio.

¹ Cfr.: R. ESCUTIA ROMERO, *Reflexiones sobre el cursus publicus*, in A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN (ed.), *Hacia un derecho administrativo, fiscal y medioambiental romano IV*, Madrid, 2021, p. 185-209; P. BIAVASCHI, *Vicende del cursus publicus al tempo del foedus gothicum (382 d.C.)*, in *Revista General de Derecho Romano*, 19, 2012; M. FELICI, *Intorno ad alcuni problemi giuridici relativi al controllo delle frontiere e delle strade nell'impero romano tardoantico*, in *Archivio Giuridico F. Serafini* CLII/2, 2020, p. 579-592; L. DI PAOLA, *Il cursus publicus in età tardoantica: storia di un servizio di Stato tra conservazione e*

irraggianti dal miglio aureo (situato al centro dell'Urbe), percorrevano tutto l'Impero. Da qui il celebre motto: "tutte le strade portano a Roma". In breve, il *cursus publicus*, i cui costi erano elevatissimi, ebbe però vita duratura e soprattutto fu altamente efficace nel perseguire i propri scopi. Gli imperatori, da Adriano in poi, si preoccuparono quindi di perfezionare tale sistema dal punto di vista organizzativo e gestionale, nonché i ruoli del personale addetto. Ecco allora che il *cursus* può costituire una sorta di mappatura dell'estensione del potere centrale – rappresentato chiaramente dall'imperatore – che così dal centro di Roma vedeva irradiare la sua volontà su tutte le provincie anche quelle più remote. Ma, essendo l'Impero Romano una civiltà giuridica, gli imperatori provvidero con varie costituzioni a legiferare su tale sistema. Così l'imperatore Teodosio, nel *Codex Theodosianus* (CTh) dedicava un titolo ai funzionari che sovrintendevano e ispezionavano il *cursus publicus*, costoro erano detti *curiosi* (CTh. VI, 29).

Allorquando Costantinopoli-Bisanzio trasla le istituzioni tardo imperiali romane occidentali assumendole e facendole proprie per la nuova capitale dell'Impero Romano d'Oriente, il *cursus publicus* viene appellato, in greco, come δρόμος; questo avrà una sua vita propria sviluppandosi ovviamente in base alle esigenze dell'impero che – come ha sostenuto l'insigne bizantinista britannico John HALDON² – "non voleva morire" e che perdurò a Roma per più di un millennio. Orbene, una recentissima monografia di Jason Fossella, che indaga in profondità le vicende storiche del δρόμος³, sembra aver posto nuovamente sul tappeto del dibattito scientifico tale "sistema" postale.

Pertanto, oggetto delle righe che seguono è quello di cercare di offrire alcune riflessioni sul δρόμος secondo un'ottica forse differente da quella tradizionale; ciò poiché come sosteneva qualcuno: "il vero viaggio di scoperta, non consiste nel cercare nuove terre, ma nell'aver nuovi occhi".

2. Il δρόμος: tra "geografia" del potere e diritto

Il δρόμος, essendo una rete viaria, si dipanava chiaramente in uno spazio fisico, ovvero geografico e dunque era espressione visibile di un sistema di trasporto (sia di merci che di persone che di messaggi che si portavano a destinazione); sappiamo che la rete viaria imperiale d'oriente si dipanava sia per terra che per i corsi d'acqua. Ma il δρόμος rappresentava anche un elemento della prossemica del potere⁴, in quanto era un sistema che, essendo al servizio dell'imperatore (βασιλεύς) e quindi dell'amministrazione imperiale, svolgeva una funzione duplice: da un lato realizzava un servizio e dall'altro esprimeva il potere del βασιλεύς stesso. Questo potere era chiaramente costituito per lo

mutamento, in *Antiquité Tardive. Revue Internationale d'Historie et d'Archéologie (IV^e-VII^e siècle)*, 24, 2017, p. 57-80; EADEM, *I curiosi in età tardoantica: riflessioni in margine al titolo VI, 29 del teodosiano*, in *Code théodosien: diversité des approches et nouvelle perspectives*; «Collection de l'École Française de Rome», 412, Rome 2009, p. 1-23; EADEM, *Per la storia degli "occhi del re". I servizi ispettivi nella Tarda Antichità*, «Collana del Dip. Di Scienze dell'Antichità dell'Univ. di Messina» 12, Soveria Mannelli, 2005.

² J. HALDON, *The Empire that would not die. The Paradox of Eastern Roman Survival, 640-740*, Harvard University Press, 2016.

³ J. FOSSELLA, *The dromos and Byzantine Communication, Diplomacy and Bureaucracy, 518-1204*, «Medieval Mediterrean. Peoples, Economies and Cultures» 137, Leiden-Boston, 2023.

⁴ Sul tema, cfr.: A. CARILE, *La prossemica del potere: spazi e distanze nei cerimoniali di corte*, in AA. VV., *Uomo e spazio nell'alto Medioevo* (Settimane di Studio del Centro Italiano di Studi sull'Alto Medioevo, L, 4-8 aprile 2002), t. II, Spoleto, 2003, p. 549-656; D. CECCARELLI MOROLLI, *Per una geopolitica del diritto dell'Impero Romano d'Oriente*, Roma, 2020, p. 30 ss.

più dal fatto che il βασιλεύς otteneva le informazioni necessarie e, certe volte, di vitale importanza per la difesa dell'impero stesso.

Giova ricordare che, in origine, il δρόμος era posto sotto l'autorità del *magister officiorum* ed alcuni sostengono, probabilmente a ragione, che esso era una delle due maggiori spese dello "Stato" (l'altra ovviamente era l'esercito)⁵; tenendo presente che le stime del PIL "bizantino" vengono basate sull'assunzione che il bilancio dello Stato fosse compreso tra il 5 e l'8%⁶, non ci è dato di sapere per quanti punti percentuale esatti il δρόμος pesasse, anche perché sappiamo solo che, durante l'età giustiniana, questo costava all'anno ben sette milioni di *nomisma*⁷. Tuttavia da alcune fonti – come ad esempio Psello, grande intellettuale bizantino dell'XI sec. – siamo informati che il δρόμος non veniva finanziato dall'erario imperiale, bensì mediante obblighi imposti alla popolazione, ovvero per mezzo di *corvées* locali atte a mantenere le stesse strade⁸.

In linea generale, in accordo con Haldon⁹, abbiamo per l'Impero Romano d'Oriente tre "rotte": una balcanica, una anatolica, ed una attraverso la catena del Tauro; ovviamente accanto a queste direttrici si sfruttavano anche i corsi d'acqua (che consentivano per via fluviale o per via marittima spostamenti più veloci rispetto a quelli terrestri). Anche il δρόμος bizantino al pari del *curusus publicus* tardo romano¹⁰ conosceva due tipologie. Secondo Louis Bréhier¹¹ vi era il πλαυτὸς δρόμος e l'ὄξυς δρόμος, ossia quello per i corrieri (διατρέχοντες) di messaggi e dispacci. Tale ipotesi, sostenuta a suo tempo da Vitalien Laurent (1896-1973), in realtà oggi sembrerebbe ridimensionandosi alquanto; così, ad esempio, Jonathan Shea sostiene, appoggiandosi anche ad altri studiosi, che questo distinguo non fosse praticato¹².

Tra il VII e l'VIII sec., età in cui la struttura amministrativa dell'Impero si modifica, soprattutto a seguito delle riforme attuate dall'imperatore Eraclio¹³, viene istituito il *logoteta* del δρόμος (λογοθέτης τοῦ δρόμου). In base alle fonti sembra che il primo logoteta del δρόμος sia stato un certo Eutychios nell'anno 762. L'ufficio del logoteta, secondo alcuni, sarebbe derivato dal *curiosus* del *cursus publici praesentialis*¹⁴, che era

⁵ M. F. HENDY, *Studies in the Byzantine Monetary Economy, c. 300-1450*, Cambridge, 1985, p. 606.

⁶ Cfr. J. FOSSELLA, *op. cit.*, p. 51.

⁷ Ved. J. FOSSELLA, *op. cit.*, p. 52. Per la cronaca, il "nomisma" (νόμισμα) era la moneta dell'Impero d'Oriente; la sua coniazione era aurea (24 kt) in origine e venne chiamata dagli occidentali come "solidus" (poi "bisante"); dall'XI sec., su impulso dell'imperatore Alessio I Comneno, la moneta fu denominata come ὑπέρπυρον (*iperperero*), ma conteneva 20,5 kt d'oro. Cfr. Ph. GRIERSON, s.v., *Nomisma*, in *Oxford Dictionary of Byzantium*, vol. III, Oxford 1991, p. 1490; IDEM, s.v. *Hyperpyron*, in *Oxford Dictionary of Byzantium*, vol. II, Oxford 1991, p. 964-965. Qui di seguito l'*Oxford Dictionary of Byzantium* viene sempre abbreviato con la seguente sigla: *ODB*.

⁸ J. FOSSELLA, *op. cit.*, p. 77.

⁹ J. HALDON, *The Palgrave Atlas of Byzantine History*, London 2005, p. 13.

¹⁰ Nel tardo impero si distingueva tra *cursus velox* e *cursus clabularis* (da *clabula*, ossia carro pesante) col quale si trasportavano beni e approvvigionamenti per i soldati. Cfr. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia reprint, 1991, p. 422.

¹¹ L. BRÉHIER, *Le monde byzantin. Les institutions de l'Empire byzantin*, vol. II, Paris, 1949, p. 264.

¹² J. SHEA, *Politics and Government in Byzantium. The Rise and Fall of the Bureaucrats*, London, 2020, p. 101. Haldon parla esplicitamente di trasporto unificato: "(...) it seems that a unified transport and courier service continued to operate through the Byzantine period" (J. HALDON, *The Palgrave Atlas*, cit., p. 12). Evidentemente il *cursus-dromos* dall'età costantiniana e poi soprattutto da quella giustiniana in poi si adattò alle esigenze pratiche dei tempi, ovvero il *cursus* così come lo conosceva l'Impero Romano d'Occidente non era più evidentemente "sostenibile".

¹³ Egli istituisce la struttura dei *themata*; per una panoramica generale su tale riforma, ved. G. OSTROGORSKY, *Storia dell'Impero Bizantino*, ed. it., Torino, 1968, p. 88 ss.

¹⁴ Cfr. A. KAZHDAN, s.v. *Logothetes tou dromou*, in *ODB*, vol. II, Oxford, 1991, p. 1247.

un subalterno del *magister officiorum* incaricato del servizio postale imperiale. In breve il logoteta divenne indipendente dal *magister officiorum* e vide un ampliamento delle proprie prerogative fino a quando, nel XII sec., divenne consigliere personale dell'imperatore. Tuttavia dall'XI sec. al XIII sec., l'amministrazione imperiale venne di nuovo rimodellata e si impose la figura del *mesazon* (μεσάζων, letteralmente "intermediario" che fungeva da vero e proprio "primo ministro"), sotto la cui autorità venne posto il logoteta del δρόμος¹⁵.

Quindi il δρόμος più che un ufficio costituiva un vero e proprio "dicastero" – e come tale sembra essere rimasto fino al 1204 – alle cui dipendenze vi erano numerosi funzionari (come il *protonotarios*, i *chartularioi*) e poi gli *episkeptitai*, gli interpreti, ecc. Alcuni vedono nelle funzioni, ampliate, del logoteta del *dromos* anche un ruolo attivo nel ciclo dell'*intelligence*, in quanto egli raccoglieva, inevitabilmente, le informazioni, soprattutto politiche, che poi inoltrava all'imperatore. Orbene dal momento che Costantinopoli sembra aver attuato una forma di *intelligence* "multilivello"¹⁶, è chiaro che ogni funzionario o dignitario che avesse informazioni era in dovere di farle pervenire, in qualche modo, all'orecchio dell'imperatore stesso; dunque non stupisce che il logoteta riferisse anche informazioni "sensibili". Tuttavia il δρόμος non era uno strumento di *intelligence strictu sensu*, ma semplicemente un insieme di mezzi predisposti per realizzare un fine concreto: spostamento di persone e beni e quindi anche la trasmissione di messaggi.

Volendo addentrarci, seppur per rapidissimi istanti, nella geografia del potere, è rilevante ricordare che il *logoteta* del δρόμος non proveniva dal *cursus honorum* bensì veniva nominato direttamente dall'imperatore (βασιλεύς), il quale provvedeva così *intuitu personæ*. Chiaramente il titolo e le funzioni del logoteta erano rilevanti e per ciò l'imperatore lo sceglieva personalmente; probabilmente anche perché egli doveva possedere doti di organizzatore (diremmo noi oggi *management*). Il logoteta, come accennato sopra, era assistito dal *protonotarios* (πρωτονοτάριος)¹⁷.

L'ampliarsi del potere del logoteta del δρόμος, tuttavia paradossalmente non andò a rafforzare il servizio postale imperiale stesso, in quanto molti territori del vicino Oriente furono strappati all'impero dalla nascente potenza islamica; quindi il δρόμος vide progressivamente un drastico ridursi. Così – come, già a suo tempo, ricordava Bréhier¹⁸ – solo l'Asia Minore e l'Alta Mesopotamia vede il protrarsi della posta imperiale fino all'invasione selgiuchide dell'XI secolo. Sotto la dinastia dei Comneni vi è stata una ulteriore riduzione del "sistema" δρόμος fino a quando poi 1024 esso cessò di esistere. Gli effetti del sacco di Costantinopoli ad opera della IV Crociata e il susseguente instaurarsi del Regno Latino d'Oriente, provvidero così a spezzare la compagine geopolitica che si era creata nei secoli precedenti. Così sotto i Paleologi, l'ultima dinastia regnante, le fonti ci parlano di una sempre crescente difficoltà di corrispondenza e di

¹⁵ J. HALDON, *The Palgrave Atlas*, cit., p. 133.

¹⁶ D. CECCARELLI MOROLLI, *Arcana Imperii Orientis, ovvero alcune note circa l' "Intelligence" dell'Impero Romano d'Oriente*, in *Studi sull'Oriente Cristiano* 22/1, 2018, p. 113-131.

¹⁷ Giova ricordare che i "protonotari" erano di due tipologie come segue. Quelli imperiali – detti anche *proedroi* (da πρόεδροι) oppure anche *primikeroi* (πριμικήριοι), i quali erano addetti, nei vari *sekreta*, cioè dipartimenti o dicasteri. Dunque costoro non erano "notai" nel senso odierno del termine, mentre i "notai" come li intendiamo noi oggi erano detti ταβουλάριοι o ταβελλάριοι, così come sono descritti nel *Libro dell'Eparca* (cap. 1°); per tale fonte ved.: J. KODER, *Das Eparchenbuch Leons des Weisen*, «Corpus Fontium Historiæ Byzantinæ» 23 – Series Vindobonensis, Wien, 1991, p. 74 ss.

¹⁸ L. BRÉHIER, *Le monde byzantin*, cit., p. 267.

comunicazioni¹⁹, ma ormai l'Impero, anche quello "riconquistato" proprio dai Paleologi, è ridotto a Costantinopoli.

Sul piano storico-giuridico, occorre brevemente ricordare che dopo Teodosio, Giustiniano, nel suo celeberrimo *Codex*, pose nuovamente attenzione all'argomento, dedicandovi un apposito titolo (C. XII, 22).

Successivamente, nel IX sec., gli imperatori della dinastia macedone portarono a compimento una fonte giuridica che rappresenta una sorta di "monumento" della civiltà giuridica dell'Impero Romano d'Oriente, i così detti *Basilici* (Βασιλικά; qui di seguito sempre abbreviati come "B.")²⁰. All'interno dei Βασιλικά vi appare uno specifico titolo che è dedicato proprio al δρόμος ed ai suoi "funzionari", si tratta del trentesimo titolo del libro sesto; infatti B. VI, 30 possiede come rubrica la seguente: Περὶ φροντιστῶν τοῦ δρόμου ("di coloro che curano il δρόμος). Si tratta di un titolo particolarmente breve dei B. che si riallaccia direttamente a quello precedente, ovvero il 29° (che si dedicava agli *agentes in rebus*, essendo intitolato: Περὶ τῶν πραττόντων ἐν πράγμασιν).

Al fine di poter illustrare la "geografia" del diritto, si riportano, qui di seguito, i singoli paragrafi del titolo 30° del 6° libro dei Βασιλικά²¹ accompagnati, in nota, da una traduzione non letterale.

B. VI, 30, 1: "Οἱ τοῦ δρόμου φροντίζοντες καὶ οἱ κατὰ τὸν στατίζοντες ταξεῶται μηνυέτωσαν περὶ τῶν τὰ ἐγκλήματα ἀμαρτανόντων εἶδοτες, ὅτι κινδυνεύουσι συκοφαντοῦντες, καὶ μὴ αὐτοὶ ἐμβαλλέτωσαν δεσμοτηρίοις"²².

I φροντίζοντες potrebbero essere i *curiosi* del sistema tardo imperiale²³, mentre gli στατίζοντες sembrerebbero riferirsi direttamente agli *stationarii*²⁴. In estrema sintesi si potrebbe affermare che i *curiosi* erano incaricati di ispezionare il *cursus publicus*, mentre gli *stationarii* avevano compiti di polizia e pubblica sicurezza del *cursus*. Entrambi erano dunque pubblici ufficiali con l'evidente conseguenza di riferire all'autorità giudiziaria di eventuali crimini commessi. Qui i B. si rifanno esplicitamente a quanto asserito nel *Codex* di Giustiniano, ovvero C. XII, 22, 1, che riporta una costituzione dell'imperatore Costanzo; tuttavia, per sintesi effettuata, probabilmente dall' *Index al Codex* di Taleleo, la norma dei B. sembra apparire meno chiara rispetto al *Codex* giustiniano²⁵. Ad ogni modo la *ratio* della norma è verosimilmente la seguente: controllo e ispezione del δρόμος e denuncia, attenta, di crimini commessi da soggetti; in caso contrario l'agente si sarebbe

¹⁹ L. BRÉHIER, *Le monde byzantin*, cit., p. 268.

²⁰ Sui Βασιλικά la manualistica contemporanea è la seguente: S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*, Torino, 2015, p. 165 ss.; D. CECCARELLI MOROLLI, *Il diritto dell'Impero Romano d'Oriente. Introduzione alle fonti e ai protagonisti*, «Kanonika» 21, Roma, 2016, p. 85 ss.; D. PENNA, R. MEIJERING, *A Sourcebook on Byzantine Law. Illustrating Byzantine Law through the Sources*, «Medieval Law and Its Practice» 34, Leiden-Boston, 2022, p. 123 ss.

²¹ L'editio dei Βασιλικά qui usata è quella curata da H. J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, D. HOLWERDA, *Basilicorum Libri LX*, Groningen, 1953-1988 (*Series A: Text*, 8 voll.; *Series B: Scholia*, 9 voll.; in toto 17 voll.).

²² Si offre una traduzione: "coloro che sorvegliano [n.d.t. ovvero i *Curiosi*] il δρόμος e gli *Stationarii* presso i luoghi, devono denunciare coloro che commettono crimini, sapendo che [n.d.t. se accusano senza ragione] sono esposti alla diffamazione, e che gli stessi non siano gettati in prigione [n.d.t. senza una accusa fondata]".

²³ Sul tema dei *curiosi*, ritengo ancora fondamentale lo studio redatto a suo tempo da: G. PURPORA, *I curiosi e la schola agentium in rebus*, in *Annali del Seminario Giuridico di Palermo*, vol. XXXIV, Palermo, 1973, p. 165-265.

²⁴ Sul tema, ved.: M. F. PETRACCIA, *Gli "stazionarii" in età imperiale*, «Serta Antiqua et Mediaevalia» 3, Roma, 2001.

²⁵ C. XII, 22, 1: "*Curiosi et stationarii, vel quicumque funguntur hoc munere, crimina iudicibus nuntianda meminerint et sibi necessitatem probationis incumbere, non citra periculum sui, si insontibus eos calumnias nexuisse constiterit. Cesset ergo prava consuetudo, per quam carceri aliquos immittebant*".

reso colpevole di diffamazione; dunque, viene ribadito un principio di vera e propria legalità.

B. VI, 30, 2: “Οἱ μαγιστριάνοι καὶ μόνον ὀφείλουσι γίνεσθαι κουριόσοι καὶ περιεργάζεσθαι τὰ συνθήματα τῶν ὀδευόντων, καὶ μηδένα ἄνευ συνθήματος ἐπιτρέπειν ὀδεῦσαι ἢ παρεξιέναι τὸ σύνθημα· εἰ δέ τι τοιοῦτον γένηται, χρὴ τοῖς ἄρχουσι μηνύεσθαι κατὰ τοῦ παρὰ τὴν διάταξιν πεποηκότος, εἰ καὶ λέγει ἑαυτὸν σπουδάζειν <ἢ> ἀξίωματικὸν εἶναι. Καὶ μὴ παρεχέτω ἀργύριον ὑπὲρ τῶν ἵππων, οἷς ἐχρήσατο· ὁ δὲ λαβὼν τετραπλάσιον ὅπερ ἔλαβεν ἀποδιδότω”²⁶.

Il brano dei B. ora riportato menziona esplicitamente i *magistrianoi* (μαγιστριάνοι) che sono gli “eredi” o meglio i procuratori diretti degli *agentes in rebus*; costoro possiedono poteri ispettivi sui documenti di trasporto (τὰ συνθήματα τῶν ὀδευόντων) in quanto il δρόμος è riservato alle attività imperiali cioè pubbliche non private. Quindi costoro vengono esortati ad adempiere con attenzione e solerzia l’attività ispettiva anche per ciò che concerne l’eventuale prezzo dei mezzi da soma o da trasporto; la pena è fissata al quadruplo del prezzo qualora qualcuno contravvenga a tale disposizione. I *Curiosi* – esplicitamente menzionati come κουριόσοι – vengono scelti dai μαγιστριάνοι. Qui i B. si rifanno a C. XII, 22, 2 in modo più nitido²⁷.

Infine, il terzo ed ultimo brano, ovvero B. VI.30.3, che asserisce: “Τοὺς μαγιστριάνους, ἐφ’ ὅσον σεμνῶς προσπαραμένουσιν τῷ δρόμῳ, οὐ καταδικάζουσιν οἱ ἑπαρχοὶ τῶν πραιτωρίων· ἐὰν δὲ τινες ἀσέμνως διαγίνωνται, οὐ μόνον καταδικάζονται, ἀλλὰ καὶ μείζονα τιμωρίαν ὑπομένουσιν”²⁸.

In tale disposizione, viene ribadita la facoltà degli eparchi (cioè i prefetti) del pretorio di punire i *magistrianoi* ma solo quando il loro comportamento sia biasimevole ovvero disonorevole (ἀσέμνως) ed in tal caso la punizione dovrà essere molto severa. I B. qui riprendono C XII, 22, 3²⁹. Dunque, δρόμος e μαγιστριάνοι sembrano “accavallarsi” e coincidere fra loro; proprio questo passo ha fatto supporre che il δρόμος fungesse da veicolo per l’*Intelligence* di Costantinopoli (cosa cui si è accennato qualche sopra) Chiaramente il δρόμος spostava uomini pubblici (alti funzionari e dignitari, vescovi, ecc.), beni mobili e quindi messaggi (diretti alla curia imperiale). Ma non si può asserire

²⁶ Si offre una traduzione: “i *Magistrianoi* devono essere i soli ad essere nominati *Curiosi* e devono sorvegliare gli spostamenti di coloro che partono e non permettere a nessuno di partire senza l’autorizzazione, né di superare l’autorizzazione concessa. Se, però, qualcosa del genere accade, la denuncia contro chi abbia violato tale costituzione deve essere presentata alle autorità, anche se dichiara di andare di fretta o di essere stato posto in una posizione di dignità. E non deve pagare denaro per i cavalli che ha usato: chiunque l’abbia accettato deve restituire quattro volte l’importo che ha ricevuto”.

²⁷ C. XII, 22, 2: “*Agentes in rebus in curiis agendis et evectionibus publici cursus inspiciendis nostrorum memores praeceptorum credimus in omnibus velle profutura rei publicae: ideoque solos agentes in rebus in hoc genere iussimus obsequium adhibere, et non ab alio penitus officio. 1. Hi vero pervigili diligentia providebunt, ne quis contra evectionis auctoritatem moveat cursum vel amplius postulet, quam concessit evectio. Quisquis igitur aliquid tale perpetrare temptaverit, improbi coepti privetur effectum. 2. Demonstratur etiam iudicibus vel curiosis evectio, etiamsi quis nobis iubentibus festinare memoret in obsequium necessarium, nec praevaleat contumacia vel dignitas. 3. Ergo nummum vetamus exposci pro animalibus in cursu minime constitutis. Quod si forte aliquis aestimaverit perpetrandum, eius quadruplum quod accepit inferre cogatur”.*

²⁸ Si offre una traduzione non letterale: “I *magistrianoi*, fino a quando agiscono in modo leale riguardo al δρόμος, non sono condannati dai Prefetti [Eparchi] del Pretorio; ma se alcuni di loro si comportano in modo disonesto, non solo vengono condannati, ma subiscono anche una pena maggiore”.

²⁹ C. XII, 22, 3: “*Per id tempus, quo cursus tuendi sollicitudinem sustinetis, condemnationes praefectorum praetorio circa eos solos irritae sunt futurae, qui servaverint honestatem. Erga eos vero, qui inhoneste et contra decus saeculi vel honorem militiae versabuntur, non solum condemnatio mansura est, verum etiam gravior poena statuenda”.*

che questo fosse un canale esclusivo o *de iure* per l'*Intelligence*³⁰, in quanto l'Impero Romano d'Oriente appare anche in ciò essere strutturato a più livelli, o se si preferisce, a geometrie variabili. Tutto poteva risultare utile alla sicurezza dell'Impero e dunque le informazioni ovviamente erano ambito privilegiato in tal senso.

L'aspetto normativo del *δρόμος* espresso dai *Βασιλικά* riflette, come accennato sopra, l'impianto del *Codex* giustiniano. Non vi è tuttavia una nitida precisione normativa, né avrebbe potuto essere diversamente in quanto i compilatori dei *Βασιλικά* si rifecero, come ben noto, alle opere degli *antecessores*. Si potrebbe dire che non vi sia stato un vero e proprio sostanziale "emendamento" della normativa quale quella espressa dal *Codex* di Giustiniano, senza alcun particolare spirito innovativo.

Si può rimarcare che giuridicamente abbiamo molto poco rispetto ad un "sistema", la cui importanza è stata rilevante per diversi secoli. Le fonti sopra menzionate rappresentano così una specie di "geografia" giuridica o se si vuole una sorta di "mappatura", nonostante i *Βασιλικά* appaiano meno esaurienti rispetto al *Codex* di Giustiniano.

Molto probabilmente allorché i *Βασιλικά* vengono redatti il *δρόμος* è utilizzato già solo per veicolare messaggi; dunque verosimilmente questa importante fonte giuridica non ci vuole mostrare direttamente quello che noi giuristi indichiamo come *ius vigens*, bensì un altro dato, direi meta-giuridico, cioè l'importanza di "codificare" (anzi "ricodificare") un aspetto che era ritenuto importante: ossia il mantenimento del *δρόμος*, dimostrando così anche con ciò il desiderio – per ricordare ancora una volta John Haldon – "di non voler morire".

3. Brevi riflessioni in margine

Il *dromos* a Costantinopoli ha conosciuto una vita lunga: dalle origini fino al 1204, il fatidico *annus horribilis* dell'Impero Romano d'Oriente, che troverà una sua *reconquista* solo sotto i Paleologi, nel 1261. In questa sua lunga esistenza, il *δρόμος* è però differito dal *cursus publicus* romano, sviluppando certamente, *de facto* più che *de iure*, una propria "identità". In questo percorso che si accavalla, necessariamente, con il mutare della geografia politica dell'impero d'Oriente, le fonti giuridiche posteriori a Giustiniano, purtroppo, non ci assistono. Infatti, i *Βασιλικά* – che appaiono ancora oggi una fonte di cognizione privilegiata, almeno per la loro mole – non ci sono di ausilio in quanto si limitano a riportare, tutto sommato, una normativa di quasi tre secoli precedente. Anzi il fatto che per questa materia i redattori e i compilatori dei *Βασιλικά* si rifacciano evidentemente all'*Index* di Taleleo, non ci aiuta, in quanto il testo dei *Βασιλικά* appare, per tale motivo, alquanto sintetico rispetto ai brani delle costituzioni riferite nel *Codex* giustiniano. Secondo Fossella il *δρόμος* è stato simbolo concreto per "promuovere" l'autorità dello "Stato"³¹, anche se egli sottolinea che resta aperto in che modo la *leadership* "bizantina" usasse lo stesso per mantenere la propria immagine ed identità ma non di meno esso è stato una caratteristica dell'impero stesso³². Ecco perché ho azzardato l'accostamento di "geografia" del potere e del diritto, in quanto il *δρόμος* è stato segno tangibile di una dinamica amministrativa e di potere, ma anche, a parere di chi scrive ora,

³⁰ Cfr. J. FOSSELLA, op. cit., p. 126.

³¹ J. FOSSELLA, op. cit., p. 139.

³² *Ibidem*.

un elemento della prossemica del potere stesso che in Costantinopoli si è espressa in vario modo e varie forme³³ attraverso la sua millenaria storia.

³³ Cfr. D. CECCARELLI MOROLLI, *Per una geopolitica del diritto dell'Impero Romano d'Oriente*, «Geo» 1, Roma, 2020, p. 22 ss.

La utilización de la inteligencia artificial en las actividades espaciales*

Marta Gaggero

*Directora Internacional de la Red Latinoamericana y del Caribe del Espacio (ReLaCa Espacio);
Miembro Plenario de la Asociación Latinoamericana de Derecho Aeronáutico y Espacial (ALADA);
Miembro del International Institute of Space Law (IISL); Miembro de la Academia de Historia
Aeronáutica del Uruguay*

Abstract

The use of artificial intelligence in space activities.

Scientists and engineers have created artificial intelligence (AI) systems capable of processing data and information in a way that resembles intelligent behavior. Space technologies increasingly use AI because they are strong systems, resilient and responsive to changing threats. Applications using AI include remote sensing satellites; astronaut assistants; collision avoidance; planetary exploration; and space debris removal. This article examines whether existing international space regulations are sufficient to cover the use of these systems, in particular with respect to liability for damage caused by space objects and the compliance of states with the obligation to monitor and control space objects. The introduction and use of AI systems in space activities entails many advantages but also brings with it certain legal consequences and difficulties that will need to be resolved.

Key words: AI applications in space activities, international space law, international liability issues.

Sumario — 1. Introducción — 2. ¿Qué es la inteligencia artificial? — 3. Aplicaciones de la inteligencia artificial en las actividades espaciales — 3.1. Satélites de percepción remota — 3.2. Asistente para astronautas — 3.3. Prevención de colisiones — 3.4. Exploración planetaria — 3.5. Eliminación de la basura espacial — 3.6. Control total de un satélite por inteligencia artificial — 4. La inteligencia artificial y el derecho espacial — 4.1. El Tratado del Espacio y el Convenio de Responsabilidad — 4.2. Posible personalidad jurídica de la inteligencia artificial — 5. Conclusiones.

1. Introducción

“*Estamos viviendo la carrera espacial de la Inteligencia Artificial (IA)*”. Así titula Fredi Vivas¹ un artículo publicado en el periódico argentino Clarín en mayo de

* Sottoposto a referaggio/Article peer reviewed.

¹ Fredi Vivas es un ingeniero argentino reconocido en el mundo en materia de Inteligencia Artificial (IA); CEO y Fundador de Rocking Data; Autor de ¿Cómo piensan las máquinas?; Alumni Singularity University; Profesor en Universidad de San Andrés.

2023. Comienza el artículo recordando la mejor película de ciencia ficción, “2001 La Odisea del Espacio” de Stanley Kubrick, en la que HAL 9000, el robot que piensa casi como las personas, le dice a uno de sus protagonistas “sé que tú y Frank estaban planeando desconectarme, y me temo que es algo que no puedo permitir que suceda”. Se trata de una ficción que, dado el actual desarrollo tecnológico, nos lleva a pensar cuándo efectivamente las máquinas dominarán al mundo.

2. ¿Qué es la inteligencia artificial?

La IA es inteligencia demostrada por máquinas, programas y computadoras que pueden independientemente pensar, aprender y tomar decisiones. Esta forma de inteligencia ya está integrada en nuestra vida diaria: desde servicios musicales que recomiendan nueva música basada en nuestros intereses hasta nuevos automóviles con control automático.

¿Desde cuándo se habla de la IA y cuándo surge? En realidad existe desde 1940 y se manifiesta con mayor fuerza después de la Segunda Guerra Mundial, con personajes como Alan Turing, un británico considerado como uno de los padres de la ciencia de la computación y precursor de la informática moderna. En el campo de la inteligencia artificial, es conocido sobre todo por la concepción de la prueba de Turing (1950), un criterio según el cual puede juzgarse la inteligencia de una máquina si sus respuestas en la prueba son idénticas a las de un ser humano. Turing sugirió que las máquinas podían utilizar la “información y la razón” para resolver problemas e incluso tomar decisiones.

En 1956 se acuñó el término “IA” durante una conferencia en la Universidad de Dartmouth en Estados Unidos en la que un grupo de catedráticos analizaban la forma como las máquinas podían simular las actividades propias de la inteligencia humana.

John McCarthy, un pionero estadounidense de la industria de la computación, quien participaba en dicha conferencia, fue quien definió la expresión IA en los siguientes términos: *la ciencia y la ingeniería de crear máquinas inteligentes, especialmente programas informáticos inteligentes*². Se trata de una ciencia o disciplina destinada a desarrollar máquinas que realicen tareas que requieren un nivel de inteligencia sólo observable en los seres humanos³.

La UNESCO expresa en una Recomendación sobre la ética de la IA, que “*los sistemas de IA son capaces de procesar datos e información de una manera que se asemeja a un comportamiento inteligente, y abarca generalmente aspectos de razonamiento, aprendizaje, percepción, predicción, planificación o control*”⁴.

El hecho es que se ha generalizado el uso de las tecnologías que minimizan la participación del hombre en los procesos cada vez más complejos, desde la mecanización de los procesos industriales, pasando por la automatización de actividades bajo condiciones extremas como las misiones espaciales, operaciones bélicas y las aplicaciones en la biomedicina para diagnóstico y tratamiento de patologías.

Cabe señalar sin embargo que las tecnologías basadas en inteligencia artificial aún se encuentran en una etapa temprana de desarrollo, presentando riesgos e incertidumbres.

² L.S. LÓPEZ, *Inteligencia artificial en el espacio: Un enfoque legal*, C.E.D.A.E., 21 de abril 2022.

³ L. MÉNDEZ, R. SÁNCHEZ, *Inteligencia artificial y el futuro del derecho*, in *Revista Nexos*, 24 de abril de 2023.

⁴ 41ª reunión de la Conferencia General de la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO), París, del 9 al 24 de noviembre de 2021.

Los mayores problemas giran en torno a la gobernabilidad, la responsabilidad y las cuestiones éticas⁵.

En lo que respecta al uso de IA en las actividades espaciales, uno de los problemas más importantes tiene que ver con el régimen de responsabilidad a aplicarse en caso de producirse daños y con la determinación de la culpa, tema que se tratará más adelante.

3. Aplicaciones de la IA en las actividades espaciales

El espacio es un escenario distante, hostil y peligroso para la vida humana y, en algunos casos, es imposible que los humanos exploren y sobrevivan en el espacio, lo que hace que las tecnologías espaciales dependan cada vez más de los procesos relacionados con la IA. Es decir, se necesitan tecnologías basadas en la IA aptas para la toma de decisiones operativas, que sean fuertes, resistentes, adaptables y que respondan a las amenazas cambiantes.

Utilizando la IA, una nave espacial puede ser capaz de reconocer una amenaza, captar datos, aprender de ella y contrarrestarla o tomar medidas evasivas, e incluso propagar sus conocimientos recién adquiridos a otros satélites. La IA también se utiliza para supervisar el funcionamiento de los satélites observando las conductas de otros satélites, planetas y desechos espaciales y llevando a cabo acciones correctivas si es necesario.

3.1. Satélites de percepción remota

Los satélites de teledetección son un ejemplo de cómo la tecnología de IA puede transformar las actividades en el espacio. La cantidad de datos obtenidos mediante el uso de las últimas tecnologías satelitales como Copernicus o Smart Sat, aumenta considerablemente la necesidad de procesamiento de datos. Los satélites recopilan datos, que luego se transmiten a la estación terrestre. Con la ayuda de la IA, los datos recibidos pueden ser verificados y procesados inmediatamente por el satélite, y luego solo se transmitirán los datos más relevantes y necesarios, lo que reducirá los costos de transmisión y permitirá concentrarse en analizar la información más importante⁶.

3.2. Asistente para astronautas

Un ejemplo reciente está relacionado con las operaciones en la estación espacial. En junio de 2018, una empresa alemana desarrolló un asistente para astronautas basado en IA. Un pequeño robot llamado CIMON-2 (Crew Interactive Mobile Companion) voló en la cápsula de carga Dragon de SpaceX hacia la estación espacial internacional. Esta esfera de cinco kilos puede comunicarse con personas a las que reconoce mediante un software de reconocimiento facial⁷. CIMON-2 puede buscar objetos y responder a las preguntas de los astronautas. Puede evaluar y reaccionar ante las emociones del astronauta y aún prevenir posibles problemas derivados del cansancio o la frustración.

⁵ Z. DRNAS DE CLÉMENT, *Inteligencia artificial en el Derecho Internacional, Naciones Unidas y Unión Europea*, in *Revista de Estudios Jurídicos*. Segunda Época, 22, 2022, <https://doi.org/10.17561/rej.n22.7524>.

⁶ A. K. ABASHIDZE, M. ILYASHEVICH, A. LATYPOVA, *Artificial intelligence and space law*, in *Journal of Legal, Ethical and Regulatory Issues*, 25(S3), 2022, p. 1-13.

⁷ L. SOROKA, K. KURKOVA, *Artificial Intelligence and Space Technologies: Legal, Ethical and Technological Issues*, in *Advanced Space Law*, Volume 3, 2019, p. 131-139.

El robot fue un valioso compañero de misión durante su corta estancia de dos días en la estación.⁸ Este proyecto pretende demostrar cómo las personas y las máquinas pueden interactuar y colaborar eficazmente en las misiones espaciales⁹.

3.3. Prevención de colisiones

La IA contribuye a la protección de los activos espaciales al permitir el desarrollo de un sistema automático de prevención de colisiones que evaluará el riesgo y la probabilidad de colisiones en el espacio, mejorando el proceso de toma de decisiones sobre la necesidad o no de realizar una maniobra orbital, y transmitiendo alertas a otros objetos espaciales en riesgo potencial. Para lograr esto se busca automatizar la operación de los segmentos terrestre y espacial y reducir al máximo la intervención humana. Esto servirá no solamente para evitar colisiones sino también para mejorar el control del tráfico. Este sistema está actualmente siendo desarrollado por la Agencia Espacial Europea (ESA) y también es empleado por empresas privadas como Space X¹⁰.

3.4. Exploración planetaria

En cuanto a la exploración planetaria, la IA se utiliza para navegar en condiciones in situ que todavía son demasiado peligrosas para los humanos. El rover Perseverance¹¹ fue lanzado por Estados Unidos para navegar en Marte. La tecnología que lo sustenta es similar a la utilizada por los vehículos de autoconducción, pero con la gran diferencia de que este rover tiene que navegar por un terreno más complicado, que es analizado por los sistemas de visión por ordenador instalados en el rover a medida que se desplaza. Si se encuentra un problema en el terreno, el sistema de IA toma una decisión y cambia el rumbo del rover para evitarlo¹².

3.5. Eliminación de la basura espacial

La IA también se utiliza para la sostenibilidad del espacio, es decir, para eliminar la basura espacial.

La ESA tiene previsto lanzar la primera misión espacial de retirada de basura del mundo, ClearSpace-1, que utilizará una cámara con IA para encontrar los desechos. Sus brazos robóticos agarrarán el objeto y lo arrastrarán de vuelta a la atmósfera para quemarlo.

⁸ Entre sus facultades están leer procedimientos de experimentos, grabar videos o sencillamente conversar con los astronautas. La parte emocional de CIMON-2 es la que le dará a la máquina mayor capacidad para interactuar con los humanos. CIMON-2 podrá entender cuándo una persona se encuentra de buen humor y conversará más de lo habitual. Sin embargo, si detecta preocupación o frustración podrá mostrarse más cauto y causar menos distracción. <https://blogthinkbig.com/cimon-2-robot-inteligencia-emocional-eei>

⁹ C. DUARTE, *Inteligencia artificial y desarrollo espacial*, 27 de junio de 2022, <http://a21.com.mx>.

¹⁰ L.S. LÓPEZ, *Inteligencia artificial en el espacio*, cit.

¹¹ <https://mars.nasa.gov/mars2020/>.

¹² C. DUARTE, *op. cit.*

El Ministerio de Ciencia y Tecnología de China dio recientemente luz verde a un proyecto que incluye el uso de la IA para rastrear, vigilar y evitar la basura espacial alrededor de la Tierra¹³.

3.6. Control total de un satélite por IA

Hay ejemplos extremos del uso de la IA como el de un equipo de investigadores de la Universidad de Wuhan, China, que permitió en abril de 2023, que la IA tomara el control de un satélite en órbita terrestre durante 24 horas. El objetivo era explorar cómo se comportaría una IA al operar un objeto en el espacio, sin la intervención de humanos, comprobar si el algoritmo era capaz de contribuir de manera positiva en las tareas de vigilancia realizadas desde la órbita del planeta.

En principio, la IA debía cumplir la misión de observar diferentes puntos del planeta de manera aleatoria para detectar posibles movimientos de actividad militar que pusieran en riesgo a la nación china.

La intención es reactivar los 260 satélites de detección remota que China opera actualmente en la órbita terrestre. Dichos satélites se encuentran inactivos; los investigadores intuyeron que la IA podría servir para automatizar el control de los mismos y ponerlos en funcionamiento, proceso que hasta ahora es controlado, cuando está activo, por personal humano.¹⁴

Este es un ejemplo que demuestra hasta dónde se podrá avanzar haciendo uso de esta tecnología.

4. La IA y el derecho espacial

A pesar de sus beneficios, los adelantos tecnológicos en el área espacial introducidos principalmente por el sector privado, pueden hacernos dudar si el derecho espacial tradicional es suficiente para abordar algunas cuestiones complejas. La creciente autonomía de los objetos espaciales desplegados por la IA -que coincide con la función reducida del "control" humano, lo que llega incluso al punto en que los sistemas están siendo diseñados para funcionar sin intervención humana- no encaja perfectamente con los conceptos existentes del derecho espacial, en particular con respecto a la responsabilidad por daños causados por objetos espaciales, y las obligaciones de los estados con respecto a la supervisión continua de las actividades nacionales en el espacio, así como para el control de objetos espaciales¹⁵.

En este contexto, la necesidad de estructuras de gobernanza claras se convierte en una prioridad, especialmente en lo que respecta a las posibles normas aplicables a la responsabilidad por daños causados por acciones u omisiones de los sistemas de IA.

Los principales tratados existentes sobre el espacio ultraterrestre adoptados en los años 60 y 70 no contienen disposiciones que regulen el uso de tecnologías de IA y establecen solo principios generales que cubren cualquier actividad en el espacio ultraterrestre y en

¹³ F. WEI, *China to study use of AI technology in avoiding space debris*, *Global Times*, February 8, 2023 <https://www.globaltimes.cn/page/202302/1285093.shtml#:~:text=China%20will%20study%20the%20use%20of%20rapid%20intelligent%20calculation>.

¹⁴ <https://cntnoticias.net/2023/04/17china-delega-a-una-inteligencia-artificial-el-control-de-un-satelite-espacial/>.

¹⁵ I. BRATU, S. FREELAND, *Artificial Intelligence, Space Liability and Regulation for the future: a transcontinental analysis of national space laws*, IAC-22-E7.7.12, 73rd International Astronautical Congress (IAC), Paris, France, September 2022.

los cuerpos celestes. En particular, estamos hablando de las siguientes disposiciones: la exploración y uso del espacio ultraterrestre se realiza en beneficio y en interés de todos los países; el espacio no está sujeto a apropiación nacional; las actividades espaciales se llevan a cabo de conformidad con el derecho internacional; los estados son responsables de todas las actividades nacionales; las actividades espaciales se basan en el principio de cooperación y el requisito de tener debidamente en cuenta los intereses pertinentes de todos los demás estados; los estados deben informar al público y a la comunidad científica internacional sobre la naturaleza, curso, lugares y resultados de sus actividades espaciales, etc¹⁶.

Las reglamentaciones de *soft law*, si bien no son normas vinculantes pero juegan un papel importante en la regulación de las actividades espaciales, tampoco contienen disposiciones relativas al uso de tecnologías de IA. Teniendo en cuenta las especificidades de la IA y sus áreas de aplicación, la ausencia de una regulación internacional especial en esta área significará la aparición de muchas situaciones difíciles en el futuro¹⁷.

4.1. El Tratado del Espacio y el Convenio de Responsabilidad

La responsabilidad espacial internacional se rige por las disposiciones del Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes de 1967, (en adelante Tratado del Espacio), en particular los artículos VI y VII, y el Convenio sobre la Responsabilidad Internacional por Daños Causados por Objetos Espaciales de 1972 (en adelante Convenio de Responsabilidad), en sus artículos II y III¹⁸.

El régimen de responsabilidad del Tratado del Espacio se basa en las disposiciones generales del Artículo VI, que establece la responsabilidad de los estados por las actividades nacionales realizadas por organismos gubernamentales o entidades no gubernamentales, las que deberán ser autorizadas y fiscalizadas constantemente por el Estado Parte del Tratado.

De acuerdo con el Artículo VII del Tratado del Espacio, la responsabilidad internacional recae en el estado de lanzamiento que es el estado que lanza o procura el lanzamiento de un objeto al espacio ultraterrestre, o un estado desde cuyo territorio o instalación se lanza un objeto. Dicho estado será *responsable internacionalmente de los daños causados a otro Estado Parte en el Tratado o a sus personas naturales o jurídicas por dicho objeto o sus partes componentes en la Tierra, en el espacio aéreo o en el espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes*.

Las disposiciones del artículo VII del Tratado del Espacio están contenidas en los artículos II y III del Convenio de Responsabilidad, que establecen un régimen de responsabilidad absoluta (u objetiva) por los daños causados por un objeto espacial en la Tierra o una aeronave en vuelo, y responsabilidad en función de la culpa del estado o de

¹⁶ Tratado sobre los Principios que Deben Regir las Actividades de los Estados en la Exploración y Utilización del Espacio Ultraterrestre, incluso la Luna y otros Cuerpos Celestes, 27 de enero de 1967. https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2017/stspace/stspace61rev_2_0_html/V1703167-SPANISH.pdf.

¹⁷ A. K. ABASHIDZE, M. ILYASHEVICH, A. LATYPOVA, *Artificial intelligence and space law*, cit.

¹⁸ https://www.unoosa.org/res/oosadoc/data/documents/2017/stspace/stspace61rev_2_0_html/V1703167-SPANISH.pdf.

las personas de las que sea responsable, por daños causados fuera de la superficie de la tierra al objeto espacial, o a las personas o bienes a bordo de dicho objeto espacial.

Respecto a la aplicación de la responsabilidad por daños causados como resultado del uso de tecnologías de IA en el espacio ultraterrestre, se presentan algunas dificultades.

En primer lugar, los objetos espaciales inteligentes alteran el régimen de responsabilidad basado en la culpa del art. III, ya que las decisiones, actos u omisiones de un objeto espacial inteligente no pueden interpretarse como conducta de una persona.

El término “*personas*” tal como se utiliza en el artículo III del Convenio de Responsabilidad también plantea interrogantes. Dicho término generalmente se refiere a una entidad con derechos y obligaciones legales, como una persona física o jurídica.

Muchos sostienen que la persona no sería el objeto espacial en sí, sino la entidad responsable de su funcionamiento¹⁹.

En cuanto a la culpa, dado que la responsabilidad en virtud del artículo III del Convenio sobre responsabilidad prevé el establecimiento de “*culpa del estado*” o “*culpa de las personas*”, es difícil imaginar cómo una decisión tomada por un objeto espacial inteligente podría caer bajo la noción de “*culpa*”. Esto significa que, en caso de colisión, responsabilizar al estado de lanzamiento por los daños causados por dicho objeto será bastante problemático.

Cabe señalar asimismo que el Convenio de Responsabilidad carece de una definición del concepto de “*culpa*”. Tampoco existen criterios claros para su valoración.

Ni los tratados de las Naciones Unidas sobre el espacio exterior ni el derecho internacional general contienen una definición de culpa. No existen ejemplos de la práctica de los estados que puedan ser útiles a este respecto.

Sin perjuicio de ello, hay varias opiniones doctrinales sobre el significado de la culpa, y quizá la más extendida es que la culpa significa “*la intención o negligencia de causar un daño respecto a otra persona activa en el espacio*”²⁰.

En estos casos es importante determinar en qué etapa y en qué medida se utilizaron tecnologías con IA en las operaciones espaciales; si el daño fue causado por decisiones tomadas por IA (lo que puede ser factible teniendo en cuenta el desarrollo de dichas tecnologías) o basado en datos obtenidos utilizando tecnologías de IA (programas que ya están disponibles).

Además, según el artículo II del Convenio de Responsabilidad, los estados serán absolutamente responsables de los daños causados por sus objetos espaciales en la superficie de la Tierra. En esta situación, no habría problema en considerar responsables a los estados que utilizan tecnologías de IA. La situación es más compleja en el contexto del Artículo VI de la Convención, que dispone la exención de la responsabilidad absoluta establecida en el Artículo II, en el caso de que un estado de lanzamiento “*demuestre que los daños son total o parcialmente resultado de negligencia grave o de un acto u omisión realizado con la intención de causar daño por parte de un estado demandante o de las personas naturales o jurídicas que representa*”. Tal excepción es prácticamente imposible de aplicar al caso de un objeto dotado con IA. Algunos científicos en este caso parten del hecho de que la “*negligencia grave*” tiene, ante todo, un componente mental y es el resultado de la actividad mental humana, que, en

¹⁹ L.S. LÓPEZ, *Inteligencia artificial en el espacio*, cit.

²⁰ F. VON DER DUNK, *Liability versus Responsibility in Space Law: Misconception or Misconstruction?*, in *Space, Cyber, and Telecommunications Law Program Faculty Publications*, University of Nebraska, Lincoln, 1991.

principio, no puede ser característica de las máquinas. Como consecuencia, la aplicación de las disposiciones pertinentes del Convenio es muy problemática²¹.

A la luz de esos desafíos, la legislación nacional puede desempeñar un papel importante para abordar posibles brechas de responsabilidad, en lo relativo principalmente a la aplicabilidad de dichas normas a entidades no gubernamentales. Algunos países han dictado leyes espaciales nacionales referidas al tema, (Países Bajos, Indonesia, Australia, Corea del Sur y Emiratos Árabes Unidos) pero las disposiciones de responsabilidad incluidas no proporcionan soluciones legales específicas relacionadas con los posibles daños causados por el uso de IA en las actividades espaciales nacionales²².

4.2. Posible Personalidad Jurídica de la IA

El régimen de responsabilidad instituido por los tratados espaciales internacionales se aplica a las personas físicas o jurídicas, por lo que cabe analizar el tema de la existencia o no de personalidad jurídica por parte de la IA.

Este es un tema que adquiere cada vez más importancia a medida que los sistemas de IA se vuelven cada vez más complejos y desempeñan un papel cada vez mayor en diversas esferas de la vida de la sociedad.

Hasta hace poco ni siquiera se planteaba la cuestión de la responsabilidad de la propia máquina por sus acciones, ya que no se la consideraba un sujeto como tal, sino sólo como un objeto o instrumento de quien la creaba o programaba. Este enfoque es tradicional y no requiere ningún cambio en las normas legales existentes. Sin embargo, con la difusión gradual de estas tecnologías, así como con la transición de las actividades automatizadas a la autonomía total, este problema surge desde un ángulo completamente diferente. Aquí queremos decir que la autonomía implica la capacidad de tomar decisiones sin participación humana, y la automatización es controlada por una persona en tiempo real. Debido a esto, otros enfoques parecen abordar la cuestión del estatus de la IA.

Hay distintas teorías en cuanto al estatus jurídico de la IA. Hay quienes proponen establecer una analogía con los animales, es decir, considerarla como un objeto jurídico dotado de personalidad jurídica.

Otros consideran que los sistemas autónomos pueden ser similares a las personas jurídicas, por lo que entienden que el estatus de la IA es comparable al de una entidad jurídica, y debería tener derecho a un estatus comparable al de los individuos. Este enfoque es criticado, aduciendo que, en cualquier caso, hay personas detrás de las actividades de dicha entidad.

Algunos científicos hablan del concepto de “persona electrónica”, donde la inteligencia artificial es su componente importante, posee una mente similar a la humana y está dotada de la capacidad de tomar decisiones, y por tanto puede ser considerado un sujeto de derecho.

Cabe citar por ejemplo, la resolución tomada en 2017 por el Parlamento Europeo, referida a normas de derecho civil sobre robótica, en la que se instó a la Comisión a considerar la creación, a un largo plazo, de *“un estatus jurídico específico para los robots, de modo que al menos los robots autónomos más sofisticados puedan tener el*

²¹ L.S. LÓPEZ, *Inteligencia artificial en el espacio*, cit.

²² I. BRATU, S. FREELAND, *Artificial Intelligence*, cit.

estatus de personas electrónicas responsables de reparar cualquier daño que puedan causar”²³.

Resulta complejo equiparar esta capacidad de las máquinas “inteligentes” a la toma de decisiones por parte de una persona física o jurídica, ya que las decisiones y acciones tomadas por la IA sin control por parte de una persona, no tienen en cuenta una serie de factores humanos como la conciencia o las emociones²⁴.

Los beneficios y las dificultades que presentarán los diferentes enfoques, podrán evaluarse más adelante de acuerdo a los resultados que se den como consecuencia del uso de la IA en las diferentes actividades espaciales llevadas a cabo.

5. Conclusiones

Conforme a lo expresado, ha quedado demostrado que el desarrollo de tecnologías de IA ha creado oportunidades sin precedentes para la exploración espacial y la implementación de nuevos tipos de actividades espaciales. Los objetos espaciales lanzados tanto por estados como por actores privados son cada vez más complejos tecnológicamente y están, cada vez más, equipados con tecnologías de IA, lo que les permite funcionar sin control humano. Dichos dispositivos se utilizan, entre otras actividades, en satélites de percepción remota, como asistentes de astronautas, para la prevención de colisiones, para la exploración planetaria y para eliminar la basura espacial.

La IA es una tecnología prometedora para la promoción y ejecución de una serie de actividades espaciales. Aunque esto ya está ampliamente reconocido incluso en esta fase inicial, sería ideal que se guiaran a través de un marco claro, normalizado y coordinado a nivel internacional y nacional²⁵.

Tal como se señaló, la utilización de esta tecnología ha aumentado la creciente importancia de los actores privados y la progresiva dependencia de la Tierra en servicios basados en el espacio, lo que es una demostración más de la necesidad de adoptar nuevas normativas espaciales²⁶ así como también de realizar una revisión detenida de los marcos jurídicos existentes.

Dichas normativas deberán definir, en primer lugar el concepto mismo de IA a efectos de regular las relaciones que se dan a partir de la utilización de esta tecnología. La doctrina ha creado distintas definiciones las que se diferencian según el grado de control humano y otros factores que se dan en el uso de estas técnicas.

Por otra parte, habrá que establecer cuál es el estatuto jurídico de la IA. Hay distintas teorías. La pregunta de si la IA puede ser considerada como un sujeto de derecho independiente puede dar lugar a diferentes respuestas.

Desde el punto de vista internacional y, como se señaló *ut supra*, los tratados espaciales internacionales vigentes, ya sea el Tratado del Espacio de 1967 o el Convenio de Responsabilidad de 1972, no cubren, *per se*, los problemas que surgen del uso potencial de las tecnologías de IA.

²³ https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0051_EN.html#title1.

²⁴ A. K. ABASHIDZE, M. ILYASHEVICH, A. LATYPOVA, *Artificial intelligence and space law*, cit.

²⁵ A. S. MARTIN, S. FREELAND, *The advent of artificial intelligence in space activities: new legal challenges*, in *Space Policy*, Vol. 55, February 2021.

²⁶ U. PAGALLO, E. BASSI, M. DURANTE, *The normative challenges of AI in outer space: law, ethics and the realignment of terrestrial standards*, in *Philosophy & Technology*, Vol. 36, No. 23, 2023.

En este sentido y a efectos de resolver las relaciones derivadas del uso de tecnologías de IA los estados podrán considerar varias opciones: o adoptar un nuevo tratado internacional; o modificar los tratados existentes o adoptar principios o directrices, aunque no sean vinculantes.

Por otra parte, es importante resaltar el papel de la legislación nacional, como elemento cada vez más frecuente de la reglamentación espacial. Su importancia radica que el hecho de que puede ofrecer cierta seguridad jurídica y soluciones más completas e integrales a problemas referidos a la responsabilidad. Puede evitar que se produzcan “lagunas de responsabilidad”²⁷.

En definitiva, se hace evidente que habrá que seguir investigando y estudiando las cuestiones pertinentes para encontrar un camino que permita aprovechar las ventajas de esta importante tecnología, salvaguardando los principios fundamentales que rigen las actividades en el espacio ultraterrestre.

²⁷ I. BRATU, S. FREELAND, *Artificial Intelligence*, cit.

Articoli e Saggi

La Francia vieta i voli nazionali a corto raggio: riflessioni critiche sulla ragionevolezza e sulla proporzionalità della misura*

Niccolò Ferracuti

*Dottorando di ricerca in Law and Cognitive Neuroscience
nell'Università degli Studi Niccolò Cusano*

Abstract

France prohibits domestic short-haul flights: critical considerations on the reasonableness and proportionality of the measure.

The European Commission approved the French Law that prohibits – according to Article 20 of the Regulation (EC) No 1008/2008 of the European Parliament and of the Council – scheduled public passenger air transport services on all air routes within French territory for which there are several direct rail connections per day of less than two and a half hours.

Anyway, the prohibition, which aims to combat climate change and applies both for point to point and connecting passengers, appears to be based on a superficial analysis model.

This essay thus questions the reasonableness and proportionality of the French ban and the balance between values of constitutional importance such as the protection of the environment, the right to movement and mobility and the freedom of enterprise.

Parole chiave: trasporto aereo, intermodalità, tutela dell'ambiente, diritto alla mobilità, ragionevolezza.

Sommario — 1. Introduzione — 2. I dubbi sulla ragionevolezza del divieto — 3. Analisi del *worst case scenario*: le variabili da considerare — 4. Le possibili elusioni del divieto — 5. I dubbi sulla proporzionalità della misura — 6. La questione relativa ai passeggeri in transito e i dubbi sul rispetto della *par condicio* tra vettori aerei — 7. Ma un divieto per legge era davvero necessario? — 8. Conclusioni: trasporto aereo verso la sostenibilità, ma *cum grano salis*

1. Introduzione

Il 1° dicembre 2022, la Commissione europea ha approvato¹ la misura con cui la Francia ha temporaneamente vietato, per la durata di tre anni, l'esercizio dei diritti di traffico per

* Sottoposto a referaggio.

¹ Decisione di esecuzione (UE) 2022/2358 del 1° dicembre 2022, sulla misura della Francia che stabilisce una limitazione dell'esercizio dei diritti di traffico a causa di gravi problemi di carattere ambientale, a norma

talune rotte del servizio di trasporto aereo pubblico nazionale di linea. Il divieto, che si applica sia ai passeggeri *point to point* che a quelli in transito, riguarderà (almeno inizialmente) soltanto le tratte Parigi Orly-Nantes, Parigi Orly-Lione e Parigi Orly-Rennes.

Si tratta di rotte per le quali infatti esiste, in alternativa, la possibilità di avvalersi del trasporto su ferro, nel rispetto degli *standard* di qualità della connessione predeterminati dal legislatore francese². In particolare, il collegamento ferroviario giornaliero, in ciascuna direzione, deve essere:

- diretto, dunque senza cambio di treno fra le due stazioni che servono le città degli aeroporti interessati dalla rotta vietata;
- ad alta velocità, con durata del viaggio inferiore alle due ore e mezza³;
- con frequenze sufficienti e orari adeguati, tali da consentire potenzialmente una presenza *in loco* per più di otto ore nell'arco di una singola giornata⁴.

Tali caratteristiche rendono la misura “aperta”, una fattispecie a formazione progressiva⁵, suscettibile cioè di inglobare in futuro nuove rotte (in particolare, dovrebbero potervi rientrare prossimamente le tratte Parigi Charles de Gaulle-Lione, Lione-Rennes e Lione-Marsiglia), non appena queste ultime rispetteranno quegli stessi *standard* di qualità della connessione ad oggi offerti sulle tratte ferroviarie alternative alle tratte vietate, sia in termini di frequenza giornaliera che di appropriatezza degli orari proposti.

Per contro, il divieto medesimo non è né definitivo né irreversibile, potendo (*rectius*: dovendo) infatti essere rimosso *in itinere* dalle competenti autorità francesi qualora, nell'ambito di un'attività di monitoraggio effettuata con cadenza periodica (*id est*: all'inizio di ogni stagione aeronautica di programmazione), venisse ravvisato un deterioramento del servizio di trasporto ferroviario offerto, tale da non garantire più il rispetto dei parametri di qualità sopra menzionati.

Giova rammentare che il divieto è stato adottato dalla Francia in base all'art. 20 del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità, ove è previsto che gli Stati membri responsabili possano, in caso di “*gravi problemi di carattere ambientale*”, limitare o proibire l'esercizio dei diritti di traffico, specie qualora altre modalità di trasporto offrano livelli di servizio appropriati, con il limite esplicito che il provvedimento non deve essere discriminatorio né più restrittivo di quanto non sia necessario, non deve causare distorsioni di concorrenza tra vettori aerei e deve avere un periodo di validità limitato, comunque non superiore a tre anni, dopo il quale si deve procedere ad un riesame per verificarne l'impatto⁶.

dell'articolo 20 del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio (GUUE L311/168).

² Articolo 145 della legge francese del 22 agosto 2021 n. 1104, sulla lotta ai cambiamenti climatici e sul rafforzamento della resilienza ai loro effetti.

³ Il che esclude dall'ambito di applicazione del divieto le tratte Parigi Charles de Gaulle-Bordeaux e Parigi Charles de Gaulle-Nantes.

⁴ Ciò esenta altresì dal divieto le tratte Parigi Charles de Gaulle-Rennes e Parigi Charles de Gaulle-Lione, pur essendo entrambe collegate dall'alta velocità in meno di 2h e 30 min.

⁵ Sul tema delle norme flessibili e, in generale, sul confine tra genericità e vaghezza delle norme, si rinvia al classico: C. LUZZATI, *La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico*, Milano, 1990.

⁶ Si riporta per esteso l'art. 20 del regolamento (CE) n. 1008/2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità (GUUE L293/3): “1. *In caso di gravi problemi di carattere ambientale, lo Stato membro responsabile può limitare o proibire l'esercizio dei diritti di traffico, specie qualora altre modalità di trasporto offrano livelli di servizio appropriati. Il provvedimento non è di natura discriminatoria, non causa distorsioni di concorrenza tra vettori aerei, non è più restrittivo di quanto non*

Nella fattispecie, i “*gravi problemi di carattere ambientale*”, che hanno giustificato l’interdizione di alcune rotte aeree domestiche, sono stati identificati dal legislatore francese nella dichiarata esigenza di ridurre le emissioni di gas ad effetto serra generate dal settore dei trasporti, nell’ambito di una più generale politica di contrasto al *climate change*.

Come in parte già anticipato, però, non si tratta di una misura universalmente adottabile (o replicabile) in qualunque contesto, senza che siano disponibili modi di trasporto alternativi a prezzi accessibili; altrimenti, verrebbe minata quella fondamentale libertà di circolazione delle persone e/o delle merci su cui è pure costruito il mercato unico interno⁷. Peraltro, la sussistenza di modalità di trasporto alternative a prezzi convenienti non è un requisito sufficiente, di per sé, a concludere per la piena legittimità del divieto adottato. È semmai una base necessaria ed irrinunciabile, ma, come visto, trattandosi di una misura di contrasto all’inquinamento ambientale adottata ai sensi dell’art. 20 del regolamento UE n. 1008/2008, essa deve rivestire carattere temporaneo, non deve ledere i principi di parità di trattamento e di ragionevolezza, quali corollari logici del principio di eguaglianza, né violare il principio di proporzionalità o la libertà dei vettori aerei di competere fra loro ad armi pari.

È proprio al lume di questi essenziali parametri, normativamente fissate dal legislatore europeo, che possiamo analizzare la misura francese, anche per verificarne criticamente la rispondenza alle esigenze di mobilità degli individui, oltretutto per constatarne il potenziale impatto sulla sostenibilità, economica ed ambientale, dell’intero settore dei trasporti⁸.

2. I dubbi sulla ragionevolezza del divieto

Alcuni dubbi possono essere innanzitutto adombrati intorno alla ragionevolezza del divieto⁹.

sia necessario per ovviare ai problemi di cui trattasi e ha un periodo di validità limitato, non superiore a tre anni, dopo il quale si procede ad un riesame. 2. Qualora uno Stato membro ritenga che siano necessari provvedimenti ai sensi del paragrafo 1, almeno tre mesi prima dell’entrata in vigore di detti provvedimenti ne informa gli altri Stati membri e la Commissione, fornendo adeguate motivazioni. Il provvedimento può essere applicato a meno che, entro un mese dal ricevimento della comunicazione, uno Stato membro interessato lo contesti o la Commissione ne effettui un ulteriore esame conformemente al paragrafo 3. 3. Secondo la procedura di cui all’articolo 25, paragrafo 2, la Commissione può, su richiesta di un altro Stato membro o di propria iniziativa, sospendere i provvedimenti qualora non soddisfino i requisiti previsti al paragrafo 1 o siano altrimenti contrari al diritto comunitario”.

⁷ V. l’articolo 45 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e, soprattutto, l’articolo 21 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea.

⁸ Per una visione complessiva del sistema dei trasporti in Europa, v. lo studio “*EU transport in figures – Statistical pocketbook 2022*”, European Commission, Directorate-General for Mobility and Transport, Publications Office of the European Union, 2022.

⁹ Sul canone della ragionevolezza, specie in rapporto al potere discrezionale esercitato dal legislatore in sede di produzione del diritto e in relazione alla discrezionalità amministrativa in sede applicativa, senza pretesa di esaustività, si rinvia a: M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione: concetto e problemi*, Milano, 1939; F. ASTONE, *Il principio di ragionevolezza*, in M. RENNA, S. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 371 ss.; A. CERRI, *Spunti e riflessioni sulla ragionevolezza nel diritto*, in *Dir. pubbl.*, 2016, p. 625 ss.; E. CHELI, *Stato costituzionale e ragionevolezza*, Napoli, 2011; F. MODUGNO, *La ragionevolezza nella giustizia costituzionale*, Napoli, 2007; A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Milano, 2001; M.P. VIPIANA, *Introduzione allo studio del principio di ragionevolezza nel diritto pubblico*, Padova, 1993; J. WOUTERS, S. DUQUET, *Reasonableness as a Standard of Judicial Review: Comparative, European, and International Perspectives*, in *Riv. trim.*

Non è operazione agevole tentare di misurare *ex ante* il beneficio ambientale – in termini di riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra complessivamente generate dal settore dei trasporti – che potrebbe produrre il divieto francese di operare i tre voli nazionali sopra elencati.

Stando alle previsioni della DGAC (*Direction générale de l'aviation civile*), effettuate sulla base dei volumi di traffico del 2019, assunto come punto di riferimento quale primo anno antecedente alla pandemia da Covid-19, la chiusura delle tre tratte vietate avrà l'effetto di diminuire le emissioni di CO² di 55.000 tonnellate: si tratta però di una stima fortemente contestata dall'UAF (*Union des Aéroports Français*), perché ritenuta puramente teorica, superficiale e inidonea a tenere conto delle effettive esigenze di mobilità dei viaggiatori.

La stima della DGAC, in particolare, parrebbe sottovalutare gli “effetti collaterali” del divieto, cioè le emissioni generate dalle scelte di trasporto alternative che i passeggeri delle tratte interessate si troveranno costretti a compiere. Sotto questa lente di ingrandimento, è chiaro che un eventuale *shift* modale dei passeggeri su mezzi di trasporto diversi dall'aereo ma più inquinanti del treno (cioè, il c.d. “*road transport*” o trasporto su strada), potrebbe compromettere in misura rilevante l'efficacia del divieto¹⁰.

Le autorità francesi ritengono che la misura incentiverà la multimodalità, favorendo il miglioramento della qualità del servizio ferroviario e orientando “naturalmente” la scelta del passeggero verso l'alta velocità. A sostegno, citano uno studio del 2012, dal titolo “*High-speed rail: lessons for policy makers from experiences abroad*”¹¹, in base al quale è stato calcolato che, persino nel caso estremo di trasferimento modale totale verso il trasporto stradale (*worst case scenario*), il divieto avrebbe comunque effetti di gran lunga positivi in termini di riduzione delle emissioni di CO². Per fare un esempio concreto, sulla tratta Parigi Orly-Bordeaux, il *worst case scenario* corrisponderebbe ad una diminuzione netta del 48,2% delle emissioni, mentre nel *best case scenario* (cioè, all'opposto, il trasferimento modale totale verso il trasporto su ferro) le emissioni sarebbero praticamente azzerate (-98,3%)¹².

Senonché, a ben vedere, il computo finale del rapporto tra costi e benefici non appare pienamente affidabile, dal momento che la formulazione di questi scenari sembrerebbe scontare i limiti di una visione ridotta del fenomeno, oltretutto della registrazione statica

dir. pubbl., 2014, p. 35-76; AA.VV., *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza della Corte cost.*, Atti del seminario tenutosi al Palazzo della Consulta, il 13-14 ottobre 1992, Milano, 1994; AA.VV., *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002; AA.VV., *Ars interpretandi - ragionevolezza e interpretazione*, Padova, 2002; C. LAVAGNA, *Ragionevolezza e legittimità costituzionale*, ora in *Ricerche sul sistema normativo*, Milano, 1984, p. 637 ss.; A. MOSCARINI, *Ratio legis e valutazioni di ragionevolezza della legge*, Torino, 1996; L. PALADIN, *Ragionevolezza (principio di)*, in *Enc. dir. Agg.*, Milano, 1997; A.M. SANDULLI, *Il principio di ragionevolezza nella giurisprudenza costituzionale*, del 1975, ora in *Scritti giuridici*, I, Napoli, 1990, p. 663 ss.; G. SCACCIA, *Gli “strumenti” della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano, 2000; A. PIZZORUSSO, *Il controllo della Corte cost. sull'uso della discrezionalità legislativa*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1986, p. 797 ss.; J. LUTHER, *Ragionevolezza (delle leggi)*, in *Digesto disc. pubbl.*, XII, 4^a ed., Torino, 1997, p. 341 ss.

¹⁰ Nel 2021, in Unione Europea, il *road transport* ha prodotto 740 milioni di tonnellate di CO², il 64% delle quali proviene dal trasporto mediante automobile o motociclo. Tali dati sono ricavabili dallo studio intitolato “*Road transport: Car dominance unbroken*”, pubblicato nel 2023 dall'istituto *Destatis, Statistisches Bundesamt*.

¹¹ D. ALBALATE, G. BEL, *High-speed rail: lessons for policy makers from experiences abroad*, in *Public Administration Review*, n. 3, 2012.

¹² Decisione di esecuzione (UE) 2022/2358 della Commissione del 1° dicembre 2022, par. III - Valutazione della misura, Considerando n. (43).

di un dato invece fortemente dinamico. Infatti, alla quantità di CO² generata dalle modalità alternative di trasporto, che saranno utilizzate per soddisfare le esigenze di mobilità dei viaggiatori oggi privati del collegamento aereo, devono sommarsi gli effetti incrementali potenzialmente indotti dalle variabili del trasporto su strada, cioè – come si approfondirà a breve – il comportamento alla guida e le condizioni di guida, che hanno la capacità di incidere, in positivo o in negativo, sul totale di emissioni prodotte da un singolo viaggio su ruota¹³. Fattori di cui invece la stima della DGAC non parrebbe tenere adeguatamente conto.

3. Analisi del *worst case scenario*: le variabili da considerare

A risultare alquanto ottimista, in particolare, è la pianificazione del *worst case scenario*. Ora, per comprendere l'effettiva portata di un eventuale *shift* modale totale verso il trasporto su strada, prima di ogni cosa bisogna precisare il metodo di calcolo, cioè occorre stabilire come rilevare le variazioni della quantità di emissioni prodotte in ciascuno scenario o, quantomeno, come stimarle con un sufficiente grado di affidabilità.

A livello metodologico, va assunto, come unità di misura di base, il c.d. RPK (*revenue passenger kilometer*) o il RPM (*revenue passenger mile*), cioè il criterio di misurazione dei volumi di traffico che, rapportato all'ASK (*available seat kilometer*), indica il tasso di riempimento di un certo mezzo di trasporto. In altre parole, le emissioni di anidride carbonica, prodotte da un determinato mezzo di trasporto, andrebbero quantificate in rapporto al numero di passeggeri trasportati per chilometro percorso (d'ora in avanti, anche "passeggero/km")¹⁴.

Ciò premesso, è decisamente contestabile che la scelta più sostenibile dal punto di vista ambientale consista nel preferire il trasporto su gomma a quello aereo¹⁵. Infatti, mentre la resilienza energetica del trasporto aereo è da anni in un *trend* di crescita positiva, altrettanto non può dirsi per il trasporto su strada¹⁶: in altre parole, le emissioni di CO² per passeggero/km generate dal trasporto aereo negli anni sono diminuite molto più rapidamente di quelle prodotte, ad esempio, dalle automobili¹⁷.

Uno studio condotto negli Stati Uniti relativamente ai voli domestici del periodo 1970-2010, ha provato a misurare l'intensità energetica del trasporto aereo in rapporto a quello su gomma: ebbene, nel periodo considerato, è risultato che l'intensità energetica del trasporto su strada sia cresciuta molto più di quella del trasporto aereo, arrivando nel 2010 a superarla del 57%¹⁸.

¹³ Si veda lo studio "*Impact of driving conditions and driving behaviour*", pubblicato nel 2022 dalla Commissione UE.

¹⁴ Assai utili riferimenti, in tal senso, sono il *Greenhouse Gas Equivalent Calculator* dell'EPA per i veicoli e il *Carbon Emissions Calculator* dell'ICAO per gli aerei.

¹⁵ Per un inquadramento complessivo, si rinvia a: "*Transport and Environment Report 2022*", European Environment Agency - EEA, 2022.

¹⁶ È quanto, per esempio, emerge dal *briefing "Rail and waterborne – best for low-carbon motorised transport"* pubblicato nel 2021 dalla EEA, secondo la quale nel quinquennio 2014-2018 l'efficienza del trasporto aereo è nettamente migliorata, mentre quella del *road transport* in taluni periodi ha subito una stasi, se non addirittura una regressione.

¹⁷ Anche perché la maggior parte delle emissioni (fino al 70%) generate dall'aereo derivano dalle operazioni di decollo e di atterraggio (T.M. NORTON, *Aircraft Greenhouse Gas Emissions During the Landing and Takeoff Cycle at Bay Area Airports*, The University of San Francisco, 2014, p. 11).

¹⁸ L'intensità energetica è un valore che dipende da due varianti principali, quali l'efficienza del consumo di carburante, calcolata sul rapporto tra distanza percorsa e carburante consumato, e il carico trasportato,

Peraltro, in un modello non superficiale di misurazione delle emissioni generate dalle modalità di trasporto alternative a quello aereo, con particolare riferimento al trasporto su strada, partendo dall'unità base del RPK occorre tenere conto dell'incidenza di una serie di variabili riconducibili a due macrocategorie, cioè il comportamento alla guida e le condizioni di guida. Ci si riferisce, in particolare, allo stile di guida dell'individuo¹⁹, alla modalità di guida impostata²⁰, all'apertura dei finestrini che impatta sulla resistenza aerodinamica del veicolo²¹, al livello di congestione del traffico²², all'accensione dei sistemi di riscaldamento, ventilazione e condizionamento dell'aria²³. Si tratta di fattori che hanno la capacità di impattare, in negativo o in positivo, sul valore totale delle emissioni prodotte da un singolo viaggio.

Soprattutto, nel computo finale va considerato il tasso medio di occupazione dell'aeromobile o dell'autovettura²⁴, in quanto minore è il numero di persone trasportate, più alta sarà la quota di emissioni per passeggero/km, prodotta dal mezzo di trasporto prescelto²⁵.

che include ovviamente anche il numero di persone a bordo (v. M. SIVAK, *Energy intensities of flying and driving*, University of Michigan Transportation Research Institute, 2014-2015).

¹⁹ Infatti, le forti accelerazioni e decelerazioni, le elevate velocità massime dei veicoli che caratterizzano una guida dinamica o aggressiva possono portare ad un incremento dei tassi di emissione e di carburante fino al 24%: v. N.G. ZACHAROF, G. FONTARAS, *Review of in use factors affecting the fuel consumption and CO² emissions of passenger cars*, 2016.

²⁰ G. FONTARAS, N.G. ZACHAROF, B. CIUFFO, *Fuel consumption and CO² emissions from passenger cars in Europe – Laboratory versus real-world emissions*, Prog. Energy Combust. Sc., 2017.

²¹ N. GURE, M. YILMAZ, *Effect of car window filming in summer on reduction of fuel consumption, vehicle sourced emissions and contribution to economy all around Europe and European Union*, 13th International Conference on Clean Energy, Istanbul, 2014.

²² Per fare un esempio pratico, nell'ambito di un viaggio di circa due ore e mezza, assunto che il sistema start-stop non sia stato attivato dal conducente, è sufficiente che un'auto diesel moderna rimanga bloccata in un ingorgo stradale per 15 minuti affinché emetta quasi il 45% in più di CO² rispetto ad un'ipotesi di percorrenza in condizioni di traffico scorrevoli: v. A. CHOUDHARY, S.GOKHALE, *Urban real-world driving traffic emissions during interruption and congestion*, in *Transportation Research*, Part D: Transport and Environment, vol. 43, 2016, p. 59-70.

²³ Per avere un'idea dell'impatto che i sistemi di riscaldamento, ventilazione e condizionamento dell'aria possono avere sulle automobili, si può operare un raffronto con le stime operate su mezzi di trasporto con maggiore capienza come gli autobus: v. N.G. ZACHAROF, O. ÖZENER, S. BROEKAERT, M. ÖZKAN, Z. SAMARAS, G. FONTARAS, *The impact of bus passenger occupancy, heating ventilation and air conditioning systems on energy consumption and CO² emissions*, in *ScienceDirect*, 2023, p. 127-155.

²⁴ Stando a quanto riportato, rispetto al trasporto su strada nell'Unione Europea, nello studio "*Emissioni di CO² delle auto: i numeri e i dati*", pubblicato dal Parlamento UE, nel 2018 il tasso medio di occupazione delle auto è stato di 1,6 passeggeri per auto. Per un'idea complessiva, nel 2019, primo anno pre-pandemia, il tasso medio di occupazione nei voli domestici operati nel Regno Unito era circa l'85,5% rispetto ai posti disponibili (v. "*Passenger seat occupancy as a percentage of available seats for airlines based in the United Kingdom*", ricerca pubblicata nel 2022 dall'istituto anglosassone *Statista*). Nei Paesi Bassi, nel 2019 il tasso medio di occupazione dei voli da e per i cinque principali aeroporti olandesi superava abbondantemente l'83%, mentre negli ultimi 4 mesi del 2022, primo anno che segna una graduale ripresa dei livelli preCovid-19, si è assestato a poco sotto l'80% (dati riportati da *Statistics Netherlands*).

²⁵ Sotto questo punto di vista va evidenziato come, nonostante negli ultimi 50 anni la popolazione mondiale sia esponenzialmente cresciuta, il tasso medio di occupazione dell'auto sia invece tendenzialmente diminuito. Negli Stati Uniti, uno studio del 2022 intitolato "*Personal Transportation Factsheet*", condotto dal *Center for Sustainable Systems* della *University of Michigan*, ha rilevato come, dal 1977 al 2019, il tasso di medio di occupazione delle auto sia sceso da 1.87 a 1.5 persone per veicolo. Ciò si è verificato nonostante, dal 1990 al 2022, siano cresciuti del 35% tanto la popolazione statunitense, quanto la media delle miglia percorse da un singolo veicolo. Per quanto riguarda il tasso di riempimento degli aeromobili, invece, i dati di traffico in Italia, riferiti al primo semestre del 2023 e pubblicati da AEROPORTI 2030 e da Assaeroporti, dimostrano come, nonostante i movimenti progressivi in arrivo e in partenza non abbiano

Già nel 2008, l'istituto *Sightline*, un *think tank* indipendente degli Stati Uniti, riportava che prendere un aereo può avere un *carbon footprint* inferiore a quello di percorrere da solo la stessa distanza in macchina, a conferma che il tasso medio di occupazione incide in maniera decisiva sulla stima delle emissioni di gas serra generate da un determinato servizio di trasporto²⁶.

Si potrebbe obiettare che gli studi più datati non tengono adeguatamente conto delle moderne tecnologie e, in particolare, dell'impatto di macchine ibride o elettriche sul computo finale delle emissioni, posto che comunque si tratta di un campione, ad oggi, ancora non molto significativo²⁷. Va detto, però, al netto degli avanzamenti tecnologici, che anche ricerche più recenti confermano che la "impronta carbonica" del trasporto aereo è inferiore al trasporto su gomma²⁸.

Questo significa anche che, in confronto, volare può generare meno emissioni che percorrere la stessa distanza guidando "solo driver", cioè senza trasportare altri passeggeri, o trasportando un solo altro passeggero²⁹.

In conclusione, alla luce di tutte le considerazioni che precedono, il criterio di analisi assunto a sostegno del divieto francese di operare i tre voli domestici appare troppo superficiale, in quanto la forbice tra *worst* e *best case scenario* dovrebbe risultare assai più ampia di quanto non avvenga nei modelli predittivi della DGAC.

Infatti, per quanto ipotesi estrema, il *worst case scenario*, dal punto di vista delle emissioni generate dallo *shift* modale totale verso il trasporto su gomma, potrebbe addirittura essere ricalcolato in negativo.

Pertanto, la misura francese appare attaccabile sotto il profilo della ragionevolezza e della proporzionalità³⁰ e, come tale, suscettibile di essere considerata discriminatoria del trasporto aereo rispetto ad altre forme di trasporto potenzialmente più inquinanti.

ancora ripreso i livelli pre-Covid (sono in ritardo, rispetto al 2019, del -5,2%), il totale dei passeggeri, inclusivo dei transiti diretti, è stato invece praticamente recuperato (-0,1% rispetto al 2019): in altre parole, pur essendo i movimenti diminuiti rispetto a prima della pandemia, gli aerei sono invece sempre più pieni. A conferma che il tasso di riempimento degli aerei è in costante aumento.

²⁶ V. "How low-carbon can you go: the green travel ranking", Sightline Institute, 2008.

²⁷ Basti pensare che, in base ai dati Eurostat aggiornati al 2021, in Unione Europea vi è una auto elettrica ogni 7,6 auto.

²⁸ B. GRAVER, D. RUTHERFORD, S. ZHENG, *CO² emissions from commercial aviation 2013, 2018, and 2019*, International Council on Clean Transportation - ICCT, 2020. Ad esempio, si stima che un veicolo, immatricolato per trasportare passeggeri, emetta circa 404 grammi di anidride carbonica per miglia percorse, mentre volare, in termini di emissioni, produce una quantità pari a 90 grammi di CO² per RPK, che equivalgono a 145 grammi di diossido di carbonio per RPM. Quindi, quand'anche considerassimo esclusivamente il tasso medio di occupazione (ciò che, comunque, sarebbe operazione riduttiva e superficiale in un modello di misurazione "reale") e il valore in grammi delle emissioni generate per RPK, diventerebbe favorevole il trasporto su strada soltanto ove si percorresse la stessa distanza in almeno tre persone (riprodotto in termini algebrici: 404 gr/3 per RPM < 145 gr per RPM).

²⁹ Secondo i dati del 2019 del Dipartimento *Business, Energy and Industrial Strategy* (BEIS) del Regno Unito, un volo domestico emette circa il 22% di biossido di carbonio in meno, per passeggero per miglia, che una macchina diesel su cui viaggia un solo passeggero (v. "Greenhouse Gas Reporting: Conversion Factors 2019", U.K. Department for Business, Energy and Industrial Strategy, 2019).

³⁰ In generale, sul canone della proporzionalità, anche per quanto riguarda l'azione amministrativa si rinvia, tra gli altri, a: A. M. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; A. RAUTI, *Sui principi di progressività, proporzionalità e ragionevolezza: tre aspetti di una comune problematica costituzionale*, in M. LA TORRE, A. SPADARO (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Torino, 2002, p. 321 ss.; Q. CAMERLENGO, *Sussidiarietà, cooperazione, proporzionalità e buon andamento: la progressiva ristrutturazione del riparto costituzionale delle funzioni legislative ed amministrative*, in *Riv. giur. edilizia*, 2004, p. 793 ss.; A. BARAK, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, Cambridge, 2012; C. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2010;

4. Le possibili elusioni del divieto

Un altro interrogativo circa la ragionevolezza del divieto, poi, è legato all'eventualità che si verifichi una sorta di "effetto sostituzione", cioè che, all'azzeramento dell'offerta da parte del vettore aereo per la rotta vietata, corrisponda un eguale aumento dell'offerta del servizio di trasporto verso uno scalo alternativo.

Facciamo un esempio concreto.

Si è detto come, *rebus sic stantibus*, il perimetro di applicazione del divieto includa solo le tre tratte Parigi Orly-Nantes, Parigi Orly-Lione e Parigi Orly-Rennes. Infatti, fino a che (e sempre se) non riusciranno ad eguagliare, *in itinere*, gli standard di adeguatezza del servizio ferroviario alternativo offerto, le rotte aeree Parigi Charles de Gaulle-Nantes, Parigi Charles de Gaulle-Rennes e Parigi Charles de Gaulle-Lione rimarranno invece pienamente operative.

Dunque, è lecito porsi il problema dell'elusione *de facto* del divieto, per il tramite del trasferimento di volumi di traffico corrispondenti dall'aeroporto di Parigi Orly all'aeroporto di Parigi Charles de Gaulle, dove gli arrivi da e le partenze per le città di Rennes, Nantes e Lione sono ancora consentiti.

Le autorità francesi sostengono che un simile trasferimento di capacità, che produrrebbe effetti all'evidenza paradossali in termini di impatto ambientale, non si verificherà, tenuto conto che dal 2019 in poi l'offerta globale di posti da parte dei vettori aerei, in particolare della compagnia aerea di bandiera Air France, è rimasta sostanzialmente inalterata nelle tratte considerate (da Parigi Charles de Gaulle verso Nantes, Lione e Bordeaux e viceversa)³¹.

Tuttavia, andrebbe registrato che si tratta di numeri non pienamente affidabili, in quanto fortemente condizionati dalla crisi pandemica e dal diverso quadro regolatorio *illo tempore* vigente, che non contemplava distinzioni fra tratte ammesse e tratte proibite.

Sotto questo ultimo punto di vista, non va dimenticato che il settore del trasporto aereo è e rimane pur sempre un mercato liberalizzato³², soggetto alle regole della domanda e dell'offerta: a fronte di una domanda crescente, i vettori aerei potrebbero decidere di incrementare l'offerta per le tratte consentite oppure, mantenendo ferma la quantità dell'offerta, aumentare il prezzo dei biglietti, puntando sulla maggiore disponibilità a

F. VERA, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. dir. pubbl. comm.*, 2008, p. 992 ss.; G. SCACCIA, *Il principio di proporzionalità*, in (a cura di) S. MANGIAMELLI, *L'ordinamento europeo. L'esercizio delle competenze*, Milano, 2006, p. 225 ss.

³¹ Decisione di esecuzione (UE) 2022/2358 della Commissione del 1° dicembre 2022, par. III - Valutazione della misura, Considerando n. (42).

³² Sulla liberalizzazione del trasporto aereo, negli Stati Uniti e in Europa: P. DI PALMA, *Il diritto degli aeroporti nel processo di liberalizzazione e privatizzazione del trasporto aereo*, Roma, 2006; AA.VV., *Il trasporto aereo ed effetti della liberalizzazione e previsioni: il caso Ryanair*, Roma, 2017; U. LEANZA, *Navigazione aerea*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, XX/1990; S. ZUNARELLI, *Il diritto del mercato del trasporto*, Wolters Kluwer Italia, 2008; E.E. BAILEY, D.R. GRAHAM, D.P. KAPLAN, *Deregulating the Airlines*, MIT Press, 1985; U. ARRIGO, A. GIURICIN, *Gli effetti della liberalizzazione del trasporto aereo e il ruolo delle compagnie low cost*, 2006, p. 2 ss.; E. VALDANI, D. JARACH, *Compagnie aeree & Deregulation*, Milano, 1997, p. 3 ss.; F. MUNARI, *Il diritto comunitario dei trasporti*, Milano, 1996; M. SPADA, *Diritto della navigazione aerea e spaziale*, Milano, 1999; A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico, lezioni casi e materiali*, Torino, 2004.

pagare una tratta “privilegiata” perché non contemplata dal divieto, con grave nocumento per la libertà di circolazione dei passeggeri, sia quelli in transito che quelli da punto a punto, sui quali finirebbe col ricadere il relativo peso economico.

E d'altra parte, se davvero l'effetto finale del divieto fosse, per esempio, quello di determinare una semplice corrispondente migrazione del traffico aereo da uno scalo all'altro di Parigi, i previsti risultati positivi in termini di riduzione di emissioni di CO² verrebbero all'evidenza annullati da un eguale o superiore aumento dei volumi di traffico verso la tratta non interdetta.

5. I dubbi sulla proporzionalità della misura

Parimenti, possono essere evidenziate talune problematiche rispetto alla proporzionalità del divieto francese.

La Commissione europea ritiene che vietare i voli a corto raggio, pur non essendo di per sé la panacea di tutti i mali, avrà effetti positivi nel breve periodo, promuovendo l'utilizzo di mezzi di trasporto sostenibili senza però compromettere il funzionamento del mercato interno. In più, la Commissione valuta positivamente la flessibilità della misura, dovuta al sistema di monitoraggio e di valutazione periodica dell'impatto ambientale che essa andrà effettivamente a produrre, che può condurre in ipotesi le autorità francesi a revocarla anche prima della scadenza del termine di tre anni, qualora non sia più ritenuta necessaria o proporzionata allo scopo, o viceversa, nel caso opposto, ad ampliarla a “nuove” rotte domestiche che garantiscano gli stessi *standard* di qualità del collegamento ferroviario alternativo³³.

Non sono dello stesso avviso l'UAF e l'associazione europea dei gestori aeroportuali, l'*Airport Council International* (d'ora in poi, anche ACI) Europe, che hanno fortemente criticato la misura in quanto ritenuta sproporzionata rispetto all'obiettivo.

Si è detto che, ai sensi dell'art. 20 del regolamento (CE) n. 1008/2008, il provvedimento che proibisce o limita l'esercizio dei diritti di traffico per far fronte a gravi esigenze di carattere ambientale non deve essere più restrittivo di quanto necessario.

Sotto tale punto di vista, l'UAF ha obiettato che, in termini di lotta al cambiamento climatico e di raggiungimento degli obiettivi di sostenibilità del trasporto aereo, le 55.000 tonnellate di CO², quantificate dalle autorità francesi come risparmio netto di emissioni in rapporto di causa-effetto con il divieto posto, costituiscono appena lo 0,23% delle emissioni del trasporto aereo in Francia, lo 0,04% delle emissioni dell'intero comparto in generale e lo 0,02% delle emissioni totali in Francia³⁴.

Inoltre, si è rammentato che già esistono altri metodi idonei a ridurre le emissioni del trasporto aereo, quali il sistema per lo scambio delle quote di emissione dell'Unione Europa (cd. sistema ETS)³⁵, l'obbligo per le compagnie aeree che operano in Francia di

³³ Decisione di esecuzione (UE) 2022/2358 della Commissione del 1° dicembre 2022, par. III - Valutazione della misura, Considerando nn. (46) e ss.

³⁴ V. il documento “*Réponse de UAF à la consultation publique sur le projet de décret précisant les conditions d'application de l'interdiction des services réguliers de transport aérien public de passagers intérieurs dont le trajet est également assuré par voie ferrée en moins de 2h30*”, UAF&FA, p. 2.

³⁵ Di recente, peraltro, l'*ETS system* è stato riformato dalla direttiva (UE) 2023/958 del Parlamento europeo e del Consiglio del 10 maggio 2023, recante modifica della direttiva 2003/87/CE per quanto riguarda il contributo del trasporto aereo all'obiettivo di riduzione delle emissioni in tutti i settori dell'economia dell'Unione e recante adeguata attuazione di una misura mondiale basata sul mercato (GUUE L130/115), che ha previsto la riduzione graduale delle quote rilasciate a titolo gratuito e quindi la loro completa eliminazione, con la messa all'asta integrale, a decorrere dal 2026.

compensare le loro emissioni su rotte domestiche e, più in generale, la progressiva implementazione delle misure del pacchetto “*Fit for 55*”.

Per di più, la misura risulterebbe più afflittiva del dovuto anche laddove non prevede deroghe od eccezioni, in particolare per i voli *carbon free*, che utilizzino cioè carburanti aeronautici sostenibili o nuove tecnologie, o motorizzazione elettrica, ibrida o a idrogeno. Infine, si è evidenziato il rischio di penalizzare, se non gravemente compromettere, il diritto alla mobilità dei cittadini³⁶, specie di coloro che vivono nelle aree limitrofe alle città interessate dalle rotte vietate, magari a distanza di molti chilometri dalle stazioni centrali. Il pericolo, cioè, è che le aree più remote del territorio non siano più adeguatamente connesse con i principali snodi del Paese³⁷.

Ma la libertà di circolazione, diritto fondamentale della persona da leggere in combinato disposto con il principio di eguaglianza, può dirsi effettiva soltanto se è garantita da un livello essenziale dei servizi di trasporto interno, mentre il divieto di cui si discute sembrerebbe degradare la connettività del territorio essenzialmente sulla base di un pregiudizio ideologico.

6. La questione relativa ai passeggeri in transito e i dubbi sul rispetto della *par condicio* tra vettori aerei

Si è detto che il divieto francese riguarda indifferentemente tutti i passeggeri, sia da punto a punto che in transito.

In effetti, era stata inizialmente prevista una deroga per i servizi aerei che trasportassero prevalentemente passeggeri in transito, successivamente però stralciata sulla base dei rilievi formulati dalla Commissione europea in sede di consultazione.

Quest’ultima, infatti, ha ritenuto che una siffatta deroga sarebbe stata incompatibile con il mercato interno e avrebbe leso la libera concorrenza tra vettori aerei, giacché avrebbe comportato una discriminazione soggettiva a scapito delle compagnie aeree che offrono un servizio *point to point* e il cui *core business* non è incentrato sui passeggeri in transito³⁸. Viceversa, secondo la Commissione UE, la libertà di concorrenza è fatta salva se l’ambito di applicazione del divieto viene perimetrato da criteri di tipo oggettivo, quali

³⁶ Sul diritto alla circolazione, si rinvia a: G. AMATO, *Art. 16*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione*, Bologna-Roma, 1977; A. BARBERA, *Note preliminari in tema di libertà di circolazione e soggiorno*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1962, p. 695 ss.; P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002; M. CONDINANZI, A. LANG, B. NASCIMBENE, *Cittadinanza e libera circolazione delle persone*, Milano, 1997; G. DEMURO, *Art. 45*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA, A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Bologna, 2001; U. DE SIERVO, *Circolazione, soggiorno, emigrazione (libertà di)*, in *Digesto disc. pubbl.*, III, Torino, 1989; M. MAZZIOTTI, *Circolazione (libertà di)*, in *Enc. dir.*, VII, Milano, 1960; I. NICOTRA GUERRERA, *Territorio e circolazione delle persone nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 1995.

³⁷ Il tema della mobilità e della connettività è antico. Un aneddoto curioso è raccontato dall’On. Zotta, nel dibattito sulla questione meridionale in Assemblea Costituente: “*Fino al 1861, cioè finché le regioni sono state centro di vita autonoma, non vi è stata differenza sostanziale nel campo economico e sociale tra il sud e il nord. Potrei aggiungere, se non temessi di cadere in una ripetizione che ha un po' la monotonia delle frasi retoriche, che l'unico Stato, il quale portò, dopo l'unificazione, un bilancio attivo, fu il regno delle due Sicilie, la cui amministrazione, documento mirabile di sapienza giuridica, fu indicata a modello in pieno Parlamento italiano. Quel Regno realizzò le prime conquiste di civiltà: a Napoli il primo battello a vapore, la prima ferrovia. Giuseppe Zanardelli, per recarsi da un paese all'altro della Lucania, dovette passare il letto di un fiume su di un carro trainato da buoi.*” (Assemblea Costituente, Discussione generale, 28 maggio 1947, intervento dell’on. Zotta).

³⁸ Decisione di esecuzione della Commissione (2021/9550) del 15 dicembre 2021.

la lunghezza del collegamento ferroviario o la frequenza e l'adeguatezza degli orari di andata e ritorno proposti³⁹.

La questione relativa ai passeggeri in transito, tuttavia, non può essere liquidata frettolosamente. Se infatti l'obiettivo dell'interdizione dei voli a corto raggio è la riduzione delle emissioni di gas ad effetto serra generate dal trasporto aereo, bisogna evitare che, indirettamente, la misura favorisca scelte dei passeggeri orientate verso aeroporti ancor più distanti e che, corrispondentemente, aumentino il volume di traffico verso di essi e le emissioni generate.

In altre parole, è concreto il rischio che, sfruttando i servizi di trasporto che continueranno ad essere offerti dai vettori aerei tramite gli *hub* intercontinentali di Paesi terzi, la deviazione di traffico indotta dal divieto della tratta domestica spinga i viaggiatori a percorrere distanze aeree ancor maggiori per raggiungere la loro destinazione finale. Il che finirebbe paradossalmente con l'aumentare, anziché ridurre, le emissioni di gas serra. Per fare un esempio attinente al caso di specie, il pericolo è che, posto di fronte alle varie alternative per raggiungere una località intercontinentale, il cittadino di Nantes preferisca prendere un aereo e fare coincidenza a Londra o a Francoforte, ovvero presso *hub* di Paesi terzi, piuttosto che recarsi all'*hub* di Parigi per ivi partire per la sua destinazione finale. Nel qual scenario non solo le compagnie aeree e gli scali aeroportuali domestici risulterebbero penalizzati rispetto a quelli che operano al di fuori del territorio nazionale, ma la misura non arrecherebbe alcun beneficio tangibile per l'ambiente.

7. Ma un divieto per legge era davvero necessario?

L'interdizione delle tratte aeree domestiche evoca, in punto di paradigma, più una misura da Stato paternalista⁴⁰ che da Stato liberale⁴¹. In effetti, dal punto di vista del *drafting*, il legislatore francese ha posto un divieto *tout court*, senza prevedere eccezioni o deroghe, né discipline transitorie che favorissero un'applicazione graduale e diluita nel tempo.

Il fatto, però, che siffatta imposizione sia stata "calata dall'alto" in un settore, come quello dei trasporti, fortemente competitivo e trasversale oltretutto tipicamente regolato dal mercato, desta qualche perplessità dal punto di vista della sua effettiva necessità. Oltretutto

³⁹ Decisione di esecuzione (UE) 2022/2358 della Commissione del 1° dicembre 2022, par. III - Valutazione della misura, Considerando n. (34).

⁴⁰ Sul concetto di paternalismo, si rinvia a: G. DWORKIN, *Paternalism*, in R. SARTORIUS (edited by), *Paternalism*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1983, p. 20 ss.; J. FEINBERG, *Legal Paternalism*, in R. SARTORIUS (edited by), *Paternalism*, cit., p. 3; E. GARZÓN VALDÉS, *Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?*, "Doxa", 5, 1988, p. 156; M. ATIENZA, *Discutamos sobre paternalismo*, *ibidem*; E. GARZÓN VALDÉS, *Sigamos discutiendo sobre el paternalismo*, *ibidem*; M. ALEMANY, *El concepto y la justificación del paternalismo*, "Doxa", 28, 2005. Per una definizione più ampia di interferenze o interventi paternalisti cfr. B. GERT, C. CULVER, *Paternalistic Behavior*, *Philosophy and Public Affairs*, 6, 1976; S.D. VANDEVEER, *Paternalistic Intervention*, Princeton, Princeton University Press, 1986, p. 22; M. ALEMANY, *El paternalismo jurídico*, Madrid, Iustel, 2006, cap. I, in particolare p. 343 ss.; E. DICIOTTI, *Paternalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, XVI, 2, 1986, p. 557 ss.

⁴¹ Sull'affermazione dello Stato liberale e sulla sua evoluzione, nell'ampia bibliografia a disposizione, v. C. MORTATI, *Le forme di governo*, Padova, 1973; M.S. GIANNINI, *I pubblici poteri negli stati pluriclasse*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1979; ID., *Diritto pubblico dell'economia*, Bologna, 1977; G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Padova, 1981; G. LOMBARDI, *Lo Stato federale. Profili di diritto comparato*, Torino, 1987; N. BOBBIO, *Liberalismo e democrazia*, Milano, 2006. In generale, sulle forme di Stato, anche in ottica comparata, si rinvia a G. AMATO, F. CLEMENTI, *Forme di stato e forme di governo*, Bologna, 2012; M. VOLPI, *Libertà e autorità. La classificazione delle forme di Stato e delle forme di governo*, Torino, 2022.

interrogativi legittimi circa la pratica attuabilità di alternative meno restrittive e anche meno onerose per l'intero settore del trasporto aereo.

L'osservazione empirica, infatti, dimostra che in presenza un'adeguata alternativa di trasporto, competitiva in termini di costi e di tempi, lo *shift* modale dall'una all'altra modalità di viaggio tende a verificarsi spontaneamente, senza la necessità di un'imposizione *ex lege*: in tal senso, per tutti, è utile confrontare i dati di traffico della tratta Roma-Milano in epoca pre e post introduzione dell'alta velocità ferroviaria.

Ad esempio, nel biennio 2003-2005, la tratta Linate-Fiumicino registrava mediamente più di 2,4 milioni di passeggeri imbarcati ogni anno in ambo le direzioni. Nel mercato dei voli domestici, quella sola rotta pesava il 10% del traffico complessivo⁴².

Ancora nel 2008, un anno prima del completamento della linea AV tra la capitale e il capoluogo lombardo, sulla Roma-Milano viaggiavano, sommate nelle due direzioni, 2.479.676 persone. All'epoca, sulla tratta in questione l'aereo aveva una quota di mercato pari al 50% e il treno solo del 37%⁴³.

In appena dieci anni, la situazione si è completamente ribaltata: nel 2018-2019, la quota di mercato dell'aereo si è più che dimezzata, assestandosi tra il 15-20%, mentre il treno è stato il mezzo di gran lunga più utilizzato (70-75%). Basti pensare che, nel 2018, hanno viaggiato in aereo sulla tratta Fiumicino-Linate, in entrambe le direzioni, poco più di 1 milione di persone (per l'esattezza 1.095.824, che corrispondono ad un decremento netto di circa il -56% rispetto ai dati del 2008)⁴⁴.

Questo risultato, è bene ricordarlo, si è verificato in maniera quasi controintuitiva, nonostante avvenimenti potenzialmente avversi: in primo luogo, la rilevante crescita del traffico aereo nazionale, che nel 2018, per esempio, ha raggiunto i 64 milioni di passeggeri; in secondo luogo, il fatto che l'offerta di voli sulla tratta Roma-Milano si è differenziata grazie all'avvento delle *low cost*, dopo che l'Antitrust impose ad Alitalia, a seguito dell'assorbimento della compagnia aerea Air One, la cessione di alcuni *slot* sulla rotta per evitare la costituzione di un monopolio⁴⁵. Perciò, chi oggi sceglie di percorrere la tratta Roma-Milano Linate in aereo lo fa, in via assorbente, o per motivi di *business* o in connessione con l'*hub* di Roma per voli intercontinentali (c.d. feederaggio).

8. Conclusioni: trasporto aereo verso la sostenibilità, ma *cum grano salis*

In conclusione, il divieto francese di operare i voli a corto raggio pare più suggestivo che efficace e, soprattutto, sembra celare un pregiudizio ideologico nei confronti del trasporto aereo, troppo spesso – a torto – ritenuto dai *policy makers* come un comparto irrimediabilmente inquinante. Il timore è che una simile visione politica miope, anziché promuovere lo sviluppo sostenibile di un settore che è fondamentale per la filiera del turismo e per l'economia di interi territori, finisca col rallentare la crescita dell'intero comparto, senza peraltro raggiungere i risultati auspicati⁴⁶.

⁴² Dati di traffico per gli anni 2003, 2004 e 2005 pubblicati dall'ENAC - Ente nazionale per l'aviazione civile.

⁴³ Dati di traffico per l'anno 2008, pubblicati dall'ENAC - Ente nazionale per l'aviazione civile.

⁴⁴ Dati di traffico per gli anni 2018 e 2019, pubblicati dall'ENAC - Ente nazionale per l'aviazione civile.

⁴⁵ Decisione la cui legittimità è stata confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato, Sezione VI, 12 aprile 2013 n. 2002.

⁴⁶ Secondo ACI Europe, per ogni milione di passeggeri si generano circa 1000 posti di lavoro (considerando solo l'impatto diretto del traffico) e ogni aumento della connettività aerea diretta del 10% genera automaticamente un incremento del Pil pro capite pari allo 0,5%. In generale, per un quadro statistico

Il reale impatto del divieto francese sulla tutela dell'ambiente e sulla sostenibilità dei trasporti potrà essere valutato solo in corso d'opera, ma è già lecito – oltreché evidenziare gli effetti negativi che potrà avere sul diritto alla mobilità degli individui – adombrare dubbi sull'efficacia, sulla proporzionalità e sulla ragionevolezza della misura e, quindi, sulla sua replicabilità in altri ordinamenti giuridici. Infatti, nell'ambito del contemperamento tra la tutela dell'ambiente, il diritto alla circolazione e la libertà di impresa, sembrerebbe che il divieto francese sia eccessivamente sbilanciato verso il primo dei valori di rango costituzionale citati⁴⁷.

In ogni caso, fermo restando che gli attori dello stesso comparto aereo già da diversi anni stanno adottando iniziative incisive per la decarbonizzazione del trasporto aereo⁴⁸, l'idea di favorire uno *shift* modale può in effetti essere propugnata dal legislatore solo a patto che, parallelamente, siano rafforzate l'integrazione e la connessione delle reti di trasporto. In tal senso, è fondamentale investire sullo sviluppo della intermodalità e sulla razionalizzazione della rete nazionale dei trasporti, anche in un'ottica di innovazione tecnologica e digitale. Ma per fare ciò occorre una visione politica di sistema, oltreché ambiziosa: bisogna tornare a ragionare in termini di rete integrata dei trasporti. Occorre intervenire per garantire una migliore accessibilità agli scali, una interconnessione dei servizi, una più capillare rete della logistica e dei trasporti integrati, portando ad esempio l'alta velocità direttamente in aeroporto.

In un mondo sempre più connesso, globalizzato, veloce ed in continua evoluzione, il collegamento efficiente tra le diverse componenti dei settori produttivi di beni e servizi non solo è essenziale, ma grazie alla evoluzione tecnologica e digitale è anche più facilmente attuabile.

La combinazione di diversi mezzi di trasporto – e non il sacrificio della rete aerea rispetto ad altre forme di trasporto – può costituire una ottima soluzione per una esperienza di viaggio rapida, puntuale, efficiente e a basso impatto ambientale. L'intermodalità (aria-ferro; aria-gomma; aria-acqua; aria-aria) può consentire di ampliare i bacini di utenza negli scali italiani, permettendo l'integrazione delle aree più remote del Paese e favorendo lo sviluppo economico e sociale di interi territori.

È fondamentale, quindi, migliorare l'accessibilità all'aeroporto dalla città e dal territorio circostante, promuovendo accordi con gli operatori per incrementare il trasporto, *in primis* quello su ferro, verso gli aeroporti, anche offrendo servizi a valore aggiunto per i passeggeri al fine di assicurare l'integrazione commerciale ed operativa.

complessivo, si rinvia alla “Indagine sul turismo internazionale” pubblicata il 28 giugno 2023, con riferimento all'anno 2022, dalla Banca d'Italia.

⁴⁷ Sappiamo che i diritti “in quanto intrinsecamente limitati, nascono tutti soggetti a bilanciamento tra sé medesimi, l'uno rispetto agli altri, e tra sé e altri valori costituzionali” (cfr. F. MODUGNO, *I “nuovi” diritti nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 1995, p. 104 ss.); essi “non operano mai in maniera isolata, ma si intrecciano e si sovrappongono nel fascio dei rapporti reali, creando delicati problemi concreti” (così, A. CELOTTO, *Diritti (diritto costituzionale)*, in *Digesto disc. pubbl., Aggiornamento*, Torino, 2017, p. 291 ss.). Pertanto, il bilanciamento tra di essi deve essere condotto “senza pretese di assolutezza per nessuno di essi, nel rispetto dei canoni di proporzionalità e di ragionevolezza” (cfr. Corte costituzionale, sentenza 24 gennaio 2017 n. 20).

⁴⁸ Ad esempio, nel 2009, ACI Europe ha avviato il programma *Airport Carbon Accreditation* degli aeroporti, che mira a sostenere e potenziare gli sforzi degli scali nella gestione e riduzione della loro impronta carbonica; nel 2019 molti scali europei hanno sottoscritto la *Net Zero Resolution*, impegnandosi a raggiungere il livello di neutralità delle emissioni entro il 2050 ed alcuni entro il 2030; nel 2022, in Italia, è stato promosso il Patto per la decarbonizzazione del trasporto aereo che vede coinvolti numerosi stakeholders per la definizione di una *road map* tesa ad agevolare il percorso di transizione ambientale del comparto.

Il rafforzamento del collegamento ferro-aria dovrebbe essere solo l'inizio di un processo molto più ampio di integrazione della rete, dei sistemi e dei servizi, che non deve penalizzare, ma anzi promuovere e stimolare, lo sviluppo sostenibile del settore aereo. Anche perché, per fortuna, l'evoluzione tecnologica, a differenza dei divieti, non ha confini e non ha limiti: si pensi a come, in un'ottica di intermodalità aria-aria, siano attualmente in fase di avanzato sviluppo i nuovi velivoli elettrici a decollo verticale (e-VTOL), che rappresentano una delle forme di mobilità innovativa e sostenibile più promettenti per i prossimi anni.

L'obiettivo, insomma, non dovrebbe essere *solo* quello di ridurre l'utilizzo del mezzo aereo, ma *soprattutto* quello di promuovere uno sviluppo sostenibile dell'intero comparto, rafforzando l'intermodalità e investendo su nuove tecnologie e nuove forme di combustibili a minor impatto ambientale. Anche perché, di soluzioni alternative, meno restrittive e meno impattanti sull'industria aeroportuale, vi può essere in un futuro prossimo ampia disponibilità.

In particolare, bisognerebbe investire più risorse nella ricerca e nell'innovazione scientifica e tecnologica per lo sviluppo di soluzioni sostenibili, in grado di ridurre progressivamente le emissioni del trasporto aereo⁴⁹, ad esempio per l'efficientamento dei processi produttivi di carburanti neutri come il SAF (*sustainable aviation fuels*), che oggi ha costi di produzione elevati, o per la fabbricazione di nuovi e meno inquinanti modelli di aeromobile⁵⁰. Si potrebbe potenziare, anche a livello europeo, il partenariato pubblico-privato europeo che ha avuto già ottimi riscontri: negli ultimi anni, le emissioni di CO² degli aerei sono state significativamente ridotte, guidate da programmi di ottimizzazione tecnologica e tecnica come i progetti ACARE 2020, Clean Sky o SESAR che hanno dato segnali incoraggianti.

Insomma, garantire al più presto la sostenibilità del trasporto aereo è e rimane un *target* prioritario, così come lo è, in parallelo, garantire un piano infrastrutturale veramente intermodale: si tratta di un obiettivo per il cui raggiungimento tutti gli attori del settore e gli *stakeholders* devono profondere il massimo sforzo nell'ambito di un percorso che, però, va sempre indirizzato e mantenuto dalle istituzioni su binari ragionevoli, senza alimentare pregiudizi ideologici che rischiano di arrecare soltanto danni enormi all'intero comparto o alla libertà di circolazione dei cittadini.

⁴⁹ La letteratura scientifica dimostra quanto utile possa essere la ricerca anche in questo ambito: ad esempio, uno studio dell'Imperial College di Londra, ha stimato che, per ridurre già del 59% l'impatto sul clima delle scie di condensazione degli aerei, le quali si formano tipicamente a temperature molto basse e con elevata umidità, sarebbe sufficiente che l'1,7% dei voli riducesse di 2000 piedi, cioè di circa 610 metri, l'altitudine di volo (R. TEOH, *Mitigating the Climate Forcing of Aircraft Contrails by Small-Scale Diversions and Technology Adoption*, *Environmental Science & Technology*, vol. 54, n. 5, 2020, p. 2941-2950).

⁵⁰ B. GRAVER, D. RUTHERFORD, S. ZHENG, *CO² emissions from commercial aviation 2013, 2018, and 2019*, cit.

Nota a sentenza

Il provvedimento di limitazione all'accesso dei prestatori dei servizi di assistenza a terra*

Federica Ciufoli¹, Alessandro Scifo²

¹Funzionario, Direzione Centrale Coordinamento Territoriale e Diritti del Passeggero ENAC

²Avvocato, Direzione Analisi Giuridiche e Contenzioso ENAC

Abstract

The provision limiting the access of ground handling service providers in light of recent jurisprudence.

The Lazio Regional Administrative Court, with a recent ruling, clarifies the procedural and investigative profiles underlying the adoption of the provision, affirms the exclusive competence of ENAC in the matter, and highlights the reason of safety, capacity and available space, alternatively suitable to legitimize its assumption, must not be subjected to balancing with the economic interests of the private individuals involved.

Parole chiave: *servizi di assistenza a terra, handling, limitazione, sicurezza, capacità, spazio disponibile, concorrenza.*

Sommario — 1. I servizi di *handling* — 2. Il processo di liberalizzazione — 3. I provvedimenti di limitazione — 3.1. Limitazioni ai sensi degli artt. 4 e 5 d.lgs. 18/99 — 3.2. Limitazioni ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 18/99 — 4. La sentenza TAR Lazio, III, 4 settembre 2023 n. 13566 — 4.1. Competenza — 4.2. Istruttoria e valutazione dell'analisi funzionale offerta dal gestore aeroportuale — 4.3. Le cause legali di cui agli artt. 4 e 5, d.lgs. 18/19. Il rapporto con gli interessi economici privati degli operatori — 4.4. Rilevanza del piano di superamento della limitazione e durata del provvedimento — 4.5. La partecipazione procedimentale — 5. Conclusioni.

1. I servizi di *handling*

I servizi di assistenza a terra o di c.d. *handling*, comprendono le attività complementari, accessorie o strumentali alla prestazione di trasporto aereo, svolte in ambito aeroportuale¹.

* Sottoposto a referaggio.

Sebbene il lavoro sia il frutto di una riflessione e redazione congiunta degli autori, i paragrafi 1, 2, 3, 3.1 e 3.2 sono da attribuirsi a Federica Ciufoli, mentre i paragrafi 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 4.5, 5 sono da attribuirsi a Alessandro Scifo.

Tali servizi vengono raggruppati in undici categorie²:

1. assistenza bagagli;
2. assistenza passeggeri;
3. assistenza trasporto a terra;
4. assistenza operazioni in pista;
5. assistenza manutenzione dell'aereo;
6. assistenza carburante e olio;
7. assistenza amministrativa a terra e supervisione
8. assistenza merci e posta;
9. assistenza ristorazione;
10. assistenza pulizia e servizi di scalo;
11. assistenza operazioni aeree e gestione degli equipaggi.

Convenzionalmente i servizi di assistenza a terra³ si suddividono in due categorie: *air side handling*, che comprende i servizi forniti in pista, e *land side handling*, che riguarda i servizi al di fuori della rampa.

Il dato caratterizzante dei servizi di *handling* va individuato nel loro nesso funzionale con la prestazione di trasporto aereo del vettore⁴, pertanto non rientrano in tale categoria i servizi offerti dai gestori di attività commerciali⁵ presenti in aeroporto, come bar, ristoranti, boutiques. Parimenti, sono estranei alla sfera dell'*handling* i c.d. servizi di sicurezza aggiuntivi, relativi alla custodia e alla vigilanza di beni di proprietà di terzi, nonché all'espletamento dei controlli antiterrorismo⁶, riconducibili alle funzioni di polizia svolte in aeroporto dagli agenti di pubblica sicurezza.

I servizi di assistenza a terra possono essere forniti direttamente dal gestore aeroportuale oppure da imprese specializzate, dietro concessione del gestore stesso, e in ogni caso,

¹ A. GAGGIA, *I servizi di handling*, R. LOBIANCO (a cura di), *Compendio di Diritto Aeronautico*, Milano, 2021, p. 99.

² Ai sensi dell'Allegato A del d.lgs. 13 gennaio 1999 n. 18, che ha dato attuazione nel nostro ordinamento alla direttiva 96/67/CE.

³ Sui servizi di assistenza a terra si v., in generale, M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, I, *Infrastrutture e accesso al mercato*, Milano, 2011, p. 180 ss.; A. ANTONINI, *L'applicazione nel nostro ordinamento della Direttiva comunitaria sulla liberalizzazione del ground handling*, in *Dir. prat. av. civ.*, 1998, p. 87 ss.; S.M. CARBONE, F. MUNARI, *L'attuazione nell'ordinamento giuridico italiano della Direttiva sul libero accesso al mercato dei servizi aeroportuali*, in *Dir. comm. int.*, 2000, p. 95; A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico. Lezioni, casi e materiali*, Torino, 2009, p. 89 ss.; A. MASUTTI (a cura di), *La liberalizzazione dei servizi di handling aeroportuale*, Bologna, 2002; M. RIGUZZI, *Le imprese di handling: competenze e responsabilità*, in G. SILINGARDI, A. ANTONINI, B. FRANCHI (a cura di), *Gli operatori aeroportuali. Competenze e responsabilità*, Atti del Convegno, Modena, 9 maggio 1996, Milano, 1996, p. 15 ss.; A. POLICE, *Liberalizzazione e concorrenza per i servizi di handling aeroportuale*, in *Riv. dir. nav.*, 2010, p. 255 ss.; M. PIRAS, voce *Assistenza aeroportuale – Handling*, in M. DEIANA (a cura di), *Diritto della navigazione*, Milano, 2010, p. 53 ss.; A. LEFEBVRE, D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2011, p. 159 ss.; M.P. CHITI, *La liberalizzazione dei servizi a terra negli aeroporti e le sue molte deroghe*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 6, 1998, p. 521 ss.; A. GAGGIA, *I servizi di handling*, cit., p. 99 ss.

⁴ Tale categoria di servizi viene definita come una sorta di "cerniera tra il trasporto aereo propriamente detto e l'infrastruttura a terra" da P. GIRARDI, C. COLETTA, *Assistenza aeroportuale e libero mercato: evoluzione della normativa di diritto comunitario e di diritto interno*, in *Dir. comm. int.*, 1995, p. 605 ss.

⁵ Sul punto si veda M.A. SANDULLI, R. INVERNIZZI, *Trasporti aerei e aeroporti*, nel volume diretto da M.P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 2051 ss., che mettono in evidenza la differenza tra questo tipo di servizi e quelle attività più propriamente commerciali, quali la ristorazione, i negozi, i parcheggi, che i moderni aeroporti-impresa intraprendono e sviluppano con sempre maggiore ampiezza accanto alla gestione del servizio pubblico loro affidato.

⁶ Ai sensi della legge 28 febbraio 1992 n. 217, di conversione del d.l.18 gennaio 1992 n. 9.

previo rilascio della relativa certificazione da parte di ENAC, che vi provvede dietro verifica dei requisiti di cui all'art. 13 del decreto legislativo 13 gennaio 1999 n. 18.

2. Il processo di liberalizzazione

Originariamente la gestione dei servizi di *handling* era affidata in via esclusiva al gestore aeroportuale⁷, determinando, così, un regime di sostanziale monopolio⁸. Le compagnie aeree, quindi, non erano libere di scegliere i prestatori ai quali affidare tali servizi, né potevano prestarli in regime di autoproduzione (*self handling*).

Tale situazione comportava notevoli disagi ai vettori, soprattutto dal punto di vista tariffario, determinando spesso un aggravio di costi a carico dell'utenza finale del trasporto e quindi dei passeggeri.

Negli anni Novanta, in diverse occasioni, l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato ha censurato i gestori aeroportuali per violazione dei principi previsti dalla legge c.d. antitrust⁹, in quanto, senza addurre valide ragioni, rifiutavano le richieste di autoproduzione avanzate da alcuni vettori aerei.¹⁰ In merito, si è pronunciato anche il Consiglio di Stato, che con la sentenza 4 gennaio 2002 n. 33 ha ribadito la necessaria applicazione delle regole della concorrenza anche nel settore dell'*handling*, e contestualmente vietato al gestore aeroportuale di abusare della propria posizione dominante.

Per porre fine alla richiamata situazione fortemente anticompetitiva e restrittiva della libertà di prestazione dei servizi, nel quadro dei tre "pacchetti" di misure di liberalizzazione del trasporto aereo, è stata emanata la direttiva 96/67/CE del Consiglio, relativa all'accesso al mercato dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti della Comunità, volta all'apertura del mercato dei servizi di *handling* a livello comunitario¹¹.

⁷ A. POLICE, *Liberalizzazione*, cit., p. 258; M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 182 ss.; A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., p. 103; G. SIRIANNI, *Gli aeroporti*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo speciale* (a cura di S. CASSESE), Milano, 2003, p. 2575 ss.; A. GAGGIA, *I servizi*, cit., p. 101, la quale sottolinea come nel sistema previgente alle liberalizzazioni eurounitarie del settore, le compagnie aeree non avevano libertà di scegliere i servizi di *handling*, né ad esse veniva riconosciuta la libertà di prestare i servizi in questione in regime di autoproduzione o autoassistenza.

⁸ Sui profili storici dell'*handling* nel periodo precedente le liberalizzazioni v. M.V. PETIT LAVALL, *Los servicios de asistencia en tierra en los aeropuertos de la Unión europea*, in *Atti del VI Congresso di Diritto Aeronautico. La nuova legislazione europea sugli aeroporti* (Roma, 9-10 maggio 2013), in *Dir. trasp., Numero Speciale*, Roma 2014, p. 17 ss.; M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 182 ss.; A. GAGGIA, *I servizi di handling*, cit., p. 101.

⁹ Legge 10 ottobre 1990 n. 287.

¹⁰ Si fa riferimento al provvedimento del 17 marzo 1993 n. 1017 con il quale, a seguito di una segnalazione dell'International Board of Airline Representatives (IBAR), l'Autorità sanzionò l'abuso di posizione dominante della Società Aeroporti di Roma poiché quest'ultimo aveva riconosciuto esclusivamente ad Alitalia e TWA la possibilità di autoproduzione dei servizi di *handling* nell'aeroporto di Fiumicino. La decisione venne poi confermata dal Consiglio di Stato, Sez. VI, sentenza 4 gennaio 2002 n. 33, (in *Dir. mar.*, 2003, p.149 ss., con nota di F. MACRÌ, *Concorrenza e servizi di handling aeroportuale* ed in *Dir. trasp.*, 2003, p. 173 ss., con nota di M. PIRAS, *Diritti esclusivi del gestore aeroportuale e concorrenza nei servizi di assistenza a terra*) e ad essa ne seguirono numerose altre, sia nei confronti della Società Aeroporti di Roma, sia nei confronti della S.E.A. di Milano, avviandosi una incisiva azione di contrasto dell'AGCM nei confronti dei titolari delle gestioni aeroportuali rispetto proprio ai servizi di *handling*.

¹¹ M. CASANOVA, M. BRIGNARDELLO, *Diritto dei trasporti*, cit., p. 185; A. MASUTTI, *Il diritto aeronautico*, cit., p. 103 ss.; A. POLICE, *Liberalizzazione*, cit., p. 259 ss., il quale sottolinea, in particolare,

In base alla direttiva, l'accesso al mercato si fonda su due principi: la libertà di autoassistenza e la libertà di assistenza a terzi.

In Italia, la direttiva 96/67/CE¹² è stata recepita attraverso il d.lgs. 18/99, con l'intento, non solo di introdurre il processo di liberalizzazione dei servizi di *handling*, ma anche di incidere sul piano tariffario, al fine di ridurre i costi di gestione dei vettori aerei e quindi di ottenere un graduale innalzamento della qualità dei servizi a favore dell'utenza, senza pregiudicare la salvaguardia della sicurezza.

Gli artt. 4 e 6 del d.lgs. 18/99 hanno stabilito che dal 1 gennaio 2001 sono liberalizzati tutti gli aeroporti aperti al traffico commerciale con un traffico annuale pari o superiore a 2 milioni di passeggeri o a 50.000 tonnellate di merci.

Si è così proceduto alla c.d. *deregulation* del settore, consentendo la liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra negli aeroporti c.d. "*maggiori*", nei quali si riconosce il libero accesso al mercato per tutte le imprese che soddisfano i requisiti finanziari ed organizzativi, stabiliti dalla normativa di settore.

In questo contesto, l'art. 13, d.lgs. 18/99, attribuisce ad ENAC la competenza di verificare l'idoneità dei prestatori di servizi di assistenza a terra, valutando la conformità ai requisiti specifici indicati nel suddetto decreto.

Inoltre, in tutti gli aeroporti aperti al traffico commerciale, a prescindere dal volume del traffico, è consentita l'autoproduzione dei servizi di *handling* da parte dei vettori aerei.

Negli aeroporti minori, invece, non operando i principi della liberalizzazione, i servizi di *handling* possono essere offerti anche da un'unica impresa – generalmente il gestore aeroportuale – che si pone, così, in posizione monopolistica.

Come accennato, nel nuovo scenario delineato dalla normativa eurocomunitaria, il gestore aeroportuale continua ad avere la possibilità di offrire servizi di *handling* in regime di concorrenza con gli altri operatori e coi vettori che esercitano l'autoproduzione.

L'art. 7, d.lgs. 18/99, tuttavia, al fine di garantire una maggiore trasparenza contabile, obbliga il gestore a mantenere una contabilità separata per le proprie attività istituzionali e per le attività di *handling*. Tale separazione è oggetto di verifica da parte di ENAC, incaricato di certificare che per il finanziamento dei servizi di *handling* non siano utilizzati sussidi e/o proventi di altre attività non aeroportuali. Questo meccanismo assicura il rispetto del principio della concorrenza e preserva l'integrità del Mercato¹³.

3. I provvedimenti di limitazione

Nonostante l'introduzione del principio di liberalizzazione dei servizi di assistenza a terra, ENAC – quale unica autorità di regolazione, certificazione e sorveglianza nel

il "*ruolo storico*" che in Italia hanno svolto le decisioni dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nel processo di privatizzazione dei servizi di assistenza a terra.

¹² La direttiva vincolava gli Stati membri ad adottare le misure necessarie per garantire ai prestatori di servizi il libero accesso al mercato della prestazione di servizi di assistenza a terra (art. 6) e per assicurare agli utenti, individuati nei vettori, la libera effettuazione dell'assistenza a terra (art. 7), riconoscendo tuttavia la facoltà di porre limitazioni del numero dei soggetti autorizzati, in ragione dei vincoli specifici di spazio o di capacità disponibile (art. 9). A tali principi, tuttavia, si ponevano significativi temperamenti: da un lato, grazie alle deroghe per i servizi caratterizzati da complessità, costi o impatto ambientale che non possano essere utilmente suddivisi (art. 8); dall'altro si consentiva la possibilità, per gli enti di gestione aeroportuale, di prestare servizi di assistenza a terra in concorrenza con gli altri operatori, e quindi nel rispetto dei principi di imparzialità e di separazione contabile (*unbundling*) (art. 4).

¹³ A. GAGGIA, *I servizi di handling*, cit., p. 104.

settore del trasporto aereo – in particolari circostanze, relative a singoli aeroporti e nel rispetto dei criteri di trasparenza, obiettività e non discriminazione, può adottare i c.d. provvedimenti di limitazione. Si tratta di provvedimenti previsti dalla stessa direttiva 96/67/CE, che prevedono delle deroghe al libero accesso ai servizi di *handling*, trasposte nell'ordinamento italiano dagli artt. 4, 5 e 12 del d.lgs. 18/99.

Parte della dottrina ha sostenuto che tali norme attribuirebbero un ruolo ambivalente ad ENAC, da un lato garante della concorrenza, dall'altro ostacolo al pieno sviluppo della stessa¹⁴. Tale tesi non può tuttavia essere condivisa.

È anzi essenziale comprendere che l'assunzione del provvedimento di limitazione, non solo non determina l'esclusione della concorrenza, poichè comporta l'obbligo di svolgere procedimenti, volti a selezionare gli *handler* ammessi ad operare, trasparenti e conformi alle disposizioni sulle procedure di evidenza pubblica, ma, come si vedrà meglio *infra*, addirittura prescinde da qualsivoglia valutazione relativa agli interessi economici degli operatori coinvolti.

3.1 Limitazioni ai sensi degli artt. 4 e 5 d.lgs. 18/99

ENAC, nel rispetto dei criteri di trasparenza, obiettività e non discriminazione, può limitare il numero dei prestatori e degli autoproduttori dei servizi di assistenza a terra in *air-side* per motivate ragioni inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile in aeroporto. In ogni caso i prestatori devono essere selezionati mediante procedura di evidenza pubblica e il numero non può essere inferiore a due, per ciascuna delle categorie di servizi sottoposte a limitazione.

L'Ente dunque, su proprio impulso o su istanza del gestore aeroportuale (che presenta apposita analisi funzionale), valutata la sussistenza delle condizioni di cui agli artt. 4 e 5 d. lgs. 18/99 e sentito il gestore aeroportuale, può disporre la limitazione¹⁵.

Attualmente, gli aeroporti italiani soggetti a regime di limitazione, ai sensi delle predette norme, sono quelli di Catania, Roma Fiumicino, Napoli, Venezia, Olbia, Firenze, Pisa, Milano Linate e Milano Malpensa.

3.2 Limitazioni ai sensi dell'art. 12 d.lgs. 18/99

ENAC, in presenza di vincoli specifici di spazio o capacità disponibile, specialmente in funzione della congestione e del coefficiente di utilizzazione delle superfici, ha altresì la facoltà di imporre limitazioni in via provvisoria su categorie di servizi di assistenza a terra non elencate negli artt. 4 e 5 – includendo sia quelli *air-side* che quelli *land-side* – assegnandoli ad uno o più operatori. Tale assegnazione è subordinata alla presentazione da parte del gestore di un piano di intervento idoneo a rimuovere o ridurre i predetti vincoli. In circostanze eccezionali è possibile che la fornitura dei servizi venga concentrata su un singolo prestatore.

¹⁴ Sul punto, si veda S. CASSESE, *Regolazione e concorrenza*, nel volume dal medesimo titolo, a cura di G. TESAURO, M. D'ALBERTI, Bologna, 2000, p. 12 ss. Tra gli studi di maggior rilievo oltre al citato volume si vedano, in chiave sociologica, A. LA SPINA, G. MAJONE, *Lo stato regolatore*, Il Mulino, Bologna, 2000 e, con una prospettiva giuridica, L. GIANI, *Attività amministrativa e regolazione di sistema*, Torino, 2002. Si vedano anche, per completezza, S. FREGO LUPPI, *L'amministrazione regolatrice*, Torino, 1999 e M. ANTONIOLI, *Mercato e regolazione*, Milano, 2001.

¹⁵ Tali limitazioni sono applicabili alle sole categorie previste dagli artt. 3, 4, 5 e 7 dell'Allegato A al d.lgs. 18/99.

Tali limitazioni, di durata compresa tra 2 e 4 anni, sono soggette ad una procedura di approvazione che coinvolge il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e la Commissione Europea, la quale deve approvare la proposta di limitazione. Fino ad ora, nessun aeroporto è stato sottoposto alla disciplina esposta in questo paragrafo.

4. La sentenza TAR Lazio, III, sentenza 4 settembre 2023 n. 13566

Il tema del rapporto tra liberalizzazione dei servizi di *handling* ed i requisiti per l'adozione dei provvedimenti di limitazione è stato oggetto di recente approfondimento da parte della giurisprudenza, ed in particolare del TAR Lazio, sentenza 4 settembre 2023 n. 13566, la quale ha affrontato e chiarito diversi profili relativi alla competenza e al procedimento di adozione del provvedimento di cui agli artt. 4 e 5, d.lgs. 18/19¹⁶.

4.1 Competenza

La prima questione affrontata dal Collegio ha ad oggetto il preliminare profilo dell'individuazione dell'amministrazione competente ad assumere il provvedimento di limitazione.

A tale proposito, infatti, se il dettato normativo dell'art. 4, comma 2, e dell'art. 5, d.lgs. 18/99 è chiaro nell'individuare la competenza di ENAC, si è posto il dubbio del coordinamento tra tali disposizioni e l'art. 37, d.lgs. 201/2011, norma che ha successivamente istituito l'Autorità di regolazione dei trasporti, c.d. "ART", autorità amministrativa indipendente definita dal comma 1 come "*competente nel settore dei trasporti e dell'accesso alle relative infrastrutture e ai servizi accessori*".

Il TAR Lazio, all'esito di un'analisi letterale e sistematica delle norme introdotte dal d.lgs. 201/2011, ha tuttavia escluso ogni possibile interferenza fra le tre disposizioni.

L'art. 37, comma 4, d.lgs. 201/2011, infatti, per quanto qui rileva, stabilisce espressamente che "*Restano ferme tutte le altre competenze diverse da quelle disciplinate nel presente articolo delle amministrazioni pubbliche, statali e regionali, nei settori indicati; in particolare, restano ferme le competenze [...] in materia di sicurezza e standard tecnici*".

A loro volta, l'art. 4 e l'art. 5, d.lgs. 18/99, individuano entrambi quali cause legali idonee a legittimare l'assunzione del provvedimento di limitazione le ragioni "*inerenti alla sicurezza, alla capacità o allo spazio disponibile*" in aeroporto.

Il provvedimento in oggetto, dunque, sebbene inerente all'accesso all'infrastruttura aeroportuale da parte degli *handler*, risulta *ex lege* relazionato con la sussistenza di limiti fisici all'accesso all'aeroporto, e quindi con la conseguente necessità di contingentare il numero degli operatori al fine di salvaguardare la sicurezza delle attività svolte sul sedime aeroportuale.

Ne deriva che, in applicazione dell'art. 37, comma 4, d.lgs. 201/2011, deve ritenersi ferma la competenza esclusiva di ENAC ai fini dell'adozione del provvedimento di limitazione, residuando invece in capo ad ART, solo un ruolo consultivo successivo, e ad esercizio facoltativo, in ordine ai diversi ulteriori provvedimenti suscettibili di avere un impatto concorrenziale.

¹⁶ In particolare, il giudizio è stato occasionato dall'avvenuta adozione da parte di ENAC, in data 15 luglio 2022, del provvedimento di conferma della limitazione dell'accesso dei prestatori di servizi di assistenza a terra per l'aeroporto di Fiumicino "Leonardo da Vinci", originariamente disposta nel 2014.

4.2 Istruttoria e valutazione dell'analisi funzionale offerta dal gestore aeroportuale

Passando all'analisi del procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento di limitazione, il TAR Lazio ha approfondito in primo luogo il profilo della fase istruttoria che deve precedere l'assunzione del medesimo.

Un primo quesito sollevato dal ricorrente, infatti, ha riguardato il fatto che ENAC abbia motivato il provvedimento aderendo all'analisi funzionale trasmessa dal gestore aeroportuale a fondamento dell'istanza di limitazione.

A fronte della censura di difetto di istruttoria e carenza di motivazione formulata dal ricorrente, il TAR Lazio, ribadendo in tal senso un principio già affermato nel 2016¹⁷, ha chiarito che la positiva valutazione, da parte di ENAC, delle risultanze dell'analisi funzionale operativa allegata dal gestore aeroportuale non costituisce, di per sé, indice di difetto di istruttoria.

A maggior ragione, qualora la suddetta analisi si sostanzi in un elaborato puntuale e dettagliato, che dia conto in modo compiuto ed adeguato dei dati e del metodo posti a fondamento dell'istanza di limitazione.

Ne deriva che i dati forniti dal gestore aeroportuale, soggetto sul quale peraltro gravano obblighi di amministrazione e gestione dell'infrastruttura improntati a canoni di matrice pubblicistica, possono legittimamente essere utilizzati da ENAC per motivare il provvedimento di limitazione, salvo che gli stessi risultino inattendibili o errati.

4.3 Le cause legali di cui agli artt. 4 e 5, d.lgs. 18/99. Il rapporto con gli interessi economici privati degli operatori

Proseguendo con l'indagine dell'istruttoria sottesa al procedimento in oggetto, la sentenza in commento, smentendo la censura sollevata in senso opposto dal ricorrente, ha ulteriormente confermato la natura alternativa da attribuirsi alle ragioni, tra loro dunque equipollenti, di "sicurezza", "capacità" e "spazio disponibile", individuate dagli artt. 4 e 5, d.lgs. 18/99, come idonee a fondare la limitazione dell'aeroporto¹⁸.

Ai fini di tali disposizioni, si deve peraltro considerare che:

a) "sicurezza" richiama entrambi i concetti di *safety*, attinente alla prevenzione dei rischi derivanti dallo svolgimento delle normali attività aeroportuali, e *security*, attinente alla prevenzione degli atti illeciti¹⁹;

¹⁷ Cfr. TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza 21 novembre 2016 n. 11604.

¹⁸ Conformi, in precedenza, TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza 13 maggio 2015 n. 6994, TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza 21 novembre 2016 n. 11604.

¹⁹ Cfr. TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza 13 maggio 2015 n. 6994, TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza 21 novembre 2016 n. 11604, la quale, al fine di decodificare la nozione di "sicurezza" contenuta negli artt. 4 e 5 d.lgs. 18/99, ha svolto un'analisi ermeneutica orientata sulla base del testo della direttiva 96/67/CE, come redatto anche in lingua inglese e francese: "gli elementi della "sicurezza", della "capacità" o dello "spazio disponibile nell'aeroporto", alternativamente idonei a giustificare le restrizioni ex art. 4, co. 2, cit., sono indicati (non già nell'art. 6, par. 2, di cui la disposizione nazionale costituisce diretta attuazione, ma) nel cons. n. 11 dir. 96/67/CE, secondo cui "per alcune categorie di servizi, l'accesso al mercato e l'effettuazione dell'autoassistenza possono essere ostacolati da vincoli di sicurezza, di capacità e di spazio disponibile; [...]". Nel testo inglese il periodo è così formulato: "for certain categories of groundhandling services access to the market and self-handling may come up against safety, security, capacity and available-space constraints" (in lingua francese: "pour certaines catégories de services, l'accès au marché tout comme l'exercice de l'auto-assistance peuvent se heurter à des contraintes de sûreté, de sécurité, de capacité et d'espace disponible"). Il confronto dei testi consente di precisare che la

b) “*capacità*” indica le caratteristiche dell’aeroporto dal lato dell’offerta, e dunque l’attitudine a soddisfare la domanda di trasporto aereo ad esso riferita²⁰;

c) “*spazio disponibile*” fa riferimento ai limiti fisici infrastrutturali dello scalo.

Il TAR Lazio si sofferma in particolare su quest’ultimo requisito, posto a fondamento del provvedimento di limitazione impugnato.

Si è così chiarito che, se da un lato lo “*spazio disponibile*” deve ritenersi elemento inidoneo a limitare il numero di *handler* in modo da precludere l’accesso ad un operatore già presente nel precedente assetto, dall’altro “*certamente consente di precludere l’accesso a nuove imprese interessate a svolgere le attività in considerazione*”²¹.

Quanto sopra esposto comporta che ENAC, quando abbia compiutamente motivato il provvedimento di limitazione in ragione dei limiti fisici dello scalo, non debba, vista la natura alternativa delle cause legali di cui agli artt. 4 e 5 d.lgs. 18/99, altresì motivare il medesimo con riferimento alle altre cause legali della “*sicurezza*” e della “*capacità*”.

Allo stesso modo deve escludersi che ENAC, ai fini dell’adozione del provvedimento, debba tenere in considerazione interessi o elementi ulteriori non espressamente richiamati dalle suddette disposizioni.

In ossequio al principio di legalità, infatti, l’Ente è affidatario di un potere discrezionale attribuito *ratione materiae*, che si sostanzia nell’attività di accertamento di una delle cause legali indicate dagli artt. 4 e 5 d.lgs. 18/99, idonee a legittimare l’assunzione del provvedimento di limitazione.

In questa prospettiva, come chiarito dal Collegio, è da escludere che ENAC, ai fini dell’esercizio di tali prerogative, debba altresì svolgere valutazioni di carattere concorrenziale, od occuparsi di operare un bilanciamento tra gli interessi di natura economica degli operatori incisi dalla misura e la causa legale che nel caso di specie rende necessaria l’adozione della limitazione, né è tenuto ad effettuare tale bilanciamento per stabilirne l’intensità, l’ampiezza e la portata.

nozione di “sicurezza” adoperata dall’art. 4 d.lgs. n. 18/99 riguarda entrambi gli aspetti della security e della safety, notoriamente attinenti ai diversi ambiti della prevenzione degli atti illeciti e, rispettivamente, dei rischi derivanti dallo svolgimento delle normali attività aeroportuali (in questo secondo ambito va ricondotta anche la disciplina della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro ex d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81)”.

²⁰ Anche il concetto di “capacità” è stato oggetto di approfondimento da parte di TAR Lazio, Sez. III-ter, sentenza 13 maggio 2015 n. 6994. In particolare “*La “capacità”, da intendersi quale “capacità aeroportuale”, è nozione riferibile alle caratteristiche dello scalo dal lato dell’offerta, indicando l’attitudine di un singolo aeroporto a soddisfare la domanda di trasporto aereo (in tal senso è utile riferirsi alla Comunicazione della Commissione “Un piano d’azione per migliorare le capacità, l’efficienza e la sicurezza degli aeroporti in Europa”, COM(2006) 819 definitivo, del 24.1.2007, reperibile sul portale internet EUR-lex, che al punto 5 chiarisce come “la capacità aeroportuale è funzione sia delle piste sia delle infrastrutture di terra. La capacità delle piste corrisponde al numero massimo di atterraggi e/o di decolli di aeromobili, tenuto conto dei vincoli di natura fisica che incidono sulla sicurezza, quali le turbolenze di scia. La capacità dell’infrastruttura a terra corrisponde all’assetto fisico delle aerostazioni (spazi di parcheggio, numero di porte d’imbarco, ecc..) e all’efficienza della loro gestione”.*

²¹ Nel caso di specie, in particolare, l’analisi funzionale posta a fondamento del provvedimento di limitazione evidenziava che “*l’attuale limitata disponibilità di aree di sosta, parcheggio e manovra dei mezzi di handling, specie per quel che attiene le operazioni di smistamento bagagli, non consente, per le categorie dei servizi aeroportuali di assistenza a terra già oggetto di limitazione per l’Aeroporto di Fiumicino, l’ingresso di un maggiore numero di operatori rispetto a quelli stabiliti dal citato provvedimento del Direttore Generale del 13 ottobre 2014, senza che questo incida sulla capacità e l’efficienza dello scalo*”. Cfr. TAR Lazio, Sez. III, sentenza 4 settembre 2023 n. 13566.

Deve infatti ritenersi che il legislatore, mediante l'individuazione di specifiche cause legali, ha operato a monte il bilanciamento tra gli interessi potenzialmente coinvolti dal provvedimento, ritenendo recessiva la piena affermazione delle esigenze economiche e di carattere concorrenziale degli *handler*, la cui tutela è peraltro *ex lege* demandata ad altre Autorità pubbliche, cui è attribuito il potere di apprezzarli in fasi successive all'adozione del provvedimento di limitazione.

4.4 Rilevanza del piano di superamento della limitazione e durata del provvedimento

Rimanendo nell'ambito dell'analisi della fase istruttoria del procedimento di adozione della limitazione, il TAR Lazio ha altresì esaminato la questione relativa alla necessità che il provvedimento finale sia altresì dotato di un piano di superamento della limitazione stessa, nonché specificamente motivato in merito alla sua durata.

Ed infatti, l'art. 12, d.lgs. 18/99 dispone, al comma 1, che ENAC "*in presenza di vincoli di spazio o di capacità disponibile, specialmente in funzione della congestione e del coefficiente di utilizzazione*" e, al comma 2, che tali limitazioni "*complete dei relativi piani di intervento, sono comunicate al Ministero dei trasporti e della navigazione*".

La medesima necessità, tuttavia, non è espressamente contemplata dagli artt. 4 e 5, d.lgs. 18/99, i quali si limitano invece a richiedere l'avvenuto accertamento delle cause legali già sopra descritte.

Si è dunque posto il dubbio se il requisito della redazione di un piano di intervento, esplicitamente prevista per le limitazioni di cui all'art. 12, possa essere esteso in via ermeneutica e analogica anche alle differenti ipotesi di limitazione fondate sugli artt. 4 e 5, come suggerito nel caso di specie dal ricorrente.

Il TAR Lazio, tuttavia, ancora una volta prediligendo una prospettiva interpretativa aderente al dato testuale, ha negato che il potere di limitazione attribuito ad ENAC ai sensi delle ultime due norme possa essere subordinato alla sussistenza di presupposti dalle medesime non espressamente contemplati.

Per le stesse ragioni, è altresì da escludere che il provvedimento di limitazione debba contenere una specifica motivazione in ordine alla sua durata.

Il d.lgs. 18/99, infatti, non detta alcuna previsione in ordine alla durata della limitazione disposta ai sensi degli artt. 4 e 5.

Né, in tal senso, può assumere rilievo la diversa previsione, contenuta nell'art. 11, d.lgs. 18/99, secondo cui, in caso di limitazione, l'individuazione degli *handler* deve svolgersi mediante una procedura ad evidenza pubblica "*per un periodo di durata massima di sette anni*".

La *ratio* di tale disposizione, infatti, non è quella di individuare un limite temporale al provvedimento di limitazione, ma di garantire la rotazione degli *handler* ammessi ad operare all'interno del mercato limitato, non ancorando la presenza di quelli inizialmente selezionati all'intera durata della limitazione.

La scelta di ENAC di disporre la limitazione per un periodo di tempo determinato, pur non essendo tale requisito imposto dalla normativa vigente, rappresenta dunque un ulteriore indice di legittimità del provvedimento assunto, implicando che, alla scadenza del termine prefissato, ai fini dell'adozione di una nuova limitazione si dovrà necessariamente procedere con un nuovo accertamento delle cause legali idonee a legittimarla, tenendo conto delle sopravvenienze *medio tempore* eventualmente intervenute.

4.5 *La partecipazione procedimentale*

Le censure sollevate dal ricorrente con riferimento all'asserito mancato rispetto da parte di ENAC delle garanzie procedimentali, hanno infine fornito al Collegio l'occasione per chiarire il profilo della partecipazione con riferimento al procedimento di assunzione del provvedimento di limitazioni.

A tale proposito, il TAR Lazio ha in primo luogo evidenziato che l'analisi delle garanzie procedimentali deve essere svolta analizzando la disciplina di cui al d.lgs. 18/99, il quale ha introdotto una disciplina speciale, come tale idonea ad escludere l'applicabilità e la rilevanza delle norme generali contenute dalla l. 241/1990.

Emerge allora che il legislatore, all'interno della disciplina specialistica, prevede unicamente due forme di consultazione, entrambe volte a coinvolgere il Comitato degli Utenti (artt. 8 e 11, d.lgs. 18/99), ma nessuna delle quali relativa specificamente al procedimento finalizzato alla limitazione.

La *ratio* di tale assetto, come chiarito dal Collegio, si riscontra nel fatto che, nell'ambito del procedimento di limitazione, il bilanciamento tra i contrapposti interessi – “sicurezza”, “capacità” e “spazio disponibile”, da un lato, e interessi economici privati degli operatori, dall'altro – è stato operato a monte dal legislatore, così rendendo superfluo qualsiasi coinvolgimento dei secondi nel corso della fase procedimentale.

5. Conclusioni

All'esito dell'analisi sopra svolta è quindi possibile affermare che la sentenza n. 13566/2023, nel caso in cui venisse confermata dal Consiglio di Stato²², si candida ad assumere un rilievo sistematico nell'ambito della disciplina del procedimento e del provvedimento di limitazione di cui al d.lgs. 18/99.

La pronuncia, infatti, non solo avvalorata e dà continuità a principi giurisprudenziali già precedentemente affermati in isolate sentenze, i quali potranno ormai essere considerati come *ius receptum*, ma offre anche una panoramica ad ampio spettro delle caratteristiche del procedimento amministrativo, definendo gli elementi imprescindibili dell'istruttoria e la disciplina della partecipazione procedimentale, chiarendo altresì alcuni aspetti contenutistici del provvedimento che dovrà essere assunto da ENAC.

²² Presso il quale è attualmente pendente il giudizio di impugnazione.

Note a sentenza

La fusione per incorporazione tra società miste di gestione aeroportuale*

Manuela Galizia

*Funzionario Amministrativo D.T. Bergamo
Dottore di ricerca in “Diritto e Tutela” presso l’Università
degli studi di Roma – Tor Vergata*

Abstract

Merger by incorporation between public airport management companies.

The issue being currently discussed by the Court of Cagliari concerns the corporate merger between joint airport management companies, which will involve the concentration, in a single entity, of the concessions for the management of Alghero and Olbia airports. The Region argues against the validity of the merger resolution, pushing the Judge to question the model of public-private partnership in the context of airport management.

Parole chiave: concessioni aeroportuali, società miste, fusione.

Sommario — 1. La figura del gestore aeroportuale: brevi cenni. — 2. La fusione tra società di gestione aeroportuale: la fattispecie al vaglio del giudice — 3. La pronuncia del Tribunale di Cagliari — 4. Il reclamo avverso la sospensione degli effetti della delibera. — 5. Conclusioni

1. La figura del gestore aeroportuale: brevi cenni

Il gestore aeroportuale è il soggetto che, sotto il controllo e la vigilanza dell’ENAC, è deputato all’amministrazione delle infrastrutture aeroportuali e al coordinamento dei soggetti privati che prestano la propria opera all’interno dell’aeroporto¹.

* Sottoposto a referaggio.

¹ Sul tema delle gestioni aeroportuali si veda D. DOMINICI, *La gestione aeroportuale nel sistema del trasporto aereo*, Milano, 1982; G. CAMARDA, *Le gestioni aeroportuali*, in *Il diritto aereo*, 1983; F. LOMANNO, *Aeroporti statali e privati e servizi aeroportuali*, in *Il diritto aereo*, 1964, p. 386 ss.; F. A. QUERCI, *Profili critici in tema di aerodromi statali e privati*, in *Giurisprudenza italiana*, I, c. 2, 1965; L. FARENZA, *Imprese aeroportuali e condizioni di economicità*, in *Diritto e pratica dell’aviazione civile*, 1981; G. FASSINA, *L’impresa aeroportuale*, in *Diritto e pratica dell’aviazione civile*, 1981, p. 1 ss.; G. RINALDI BACCELLI, *Impresa aeroportuale e pubblico servizio*, in *Diritto e pratica dell’aviazione civile*, 1981, p. 33 ss.; M. RIGUZZI, *Impresa pubblica e concessione del servizio aeroportuale*, in *Il diritto aereo*, 1980, p. 1 ss.; E. TURCO BULGHERINI, *Azienda aeroportuale e finanziamento pubblico*, in *Diritto e pratica dell’aviazione civile*, 1981, p. 30 ss.; T. BALLARINO, S. BUSTI, *Diritto aeronautico e spaziale*, Milano, 1988; S. GATTI, *Aspetti giuridici delle privatizzazioni delle società di gestione aeroportuale*, in

L'individuazione del gestore avviene in virtù di un provvedimento concessorio adottato, su proposta di ENAC, con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, all'esito di una procedura di gara ad evidenza pubblica (come previsto dall'art. 704 del Codice della Navigazione)².

Ne consegue la qualificazione del gestore aeroportuale come "concessionario di pubblico servizio", ossia come soggetto deputato ad erogare, in luogo dello Stato, un servizio di fondamentale importanza per la collettività.

L'assegnazione della concessione, pertanto, comporta l'acquisizione di un vantaggio, ossia il diritto di gestire l'infrastruttura aeroportuale beneficiando degli introiti prodotti; e, tuttavia, implica anche il dovere di garantire all'utenza un servizio efficiente e qualitativamente elevato.

L'elenco delle attività di competenza del gestore è dettagliato all'art. 705 del Codice della Navigazione: fra i compiti di maggior rilievo vi è quello di assicurare la presenza in aeroporto dei servizi di assistenza a terra, di redigere la carta dei servizi, di assegnare le piazzole e garantire l'ordinata movimentazione di mezzi e persone sui piazzali, di adottare il *Safety Management System* a presidio della sicurezza aeroportuale, ecc.

Le società di gestione aeroportuale sono costituite esclusivamente sotto forma di società di capitali e ad esse possono partecipare, in qualità di soci, anche Comuni, Regioni e Province, nonché Camere di Commercio, Industria e Artigianato.

Il ruolo svolto dal gestore, quale soggetto privato investito di funzioni pubblicistiche, richiede che tali società rispettino parametri rigorosi stabiliti dalla legge, relativi alle caratteristiche dell'atto costitutivo, all'entità del capitale sociale, alla scelta dei soci e alla certificazione del bilancio.

2. La fusione tra società di gestione aeroportuale: la fattispecie al vaglio del Giudice

La questione posta all'attenzione del Tribunale di Cagliari riguarda la fusione³ per incorporazione fra due società di gestione aeroportuale, la GEASAR s.p.a. e la

Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, 2000; M. SEBASTIANI, *Liberalizzazione e privatizzazione delle gestioni aeroportuali: assetti istituzionali e conflitti fra obiettivi*, in M. COMENALE PINTO, F. MORANDI, L. MASALA (a cura di), *Le gestioni aeroportuali: privatizzazione del sistema e sicurezza del trasporto aereo*, Milano, 2005. La definizione della figura del gestore è frutto di un articolato processo di stratificazione normativa, conclusosi con il d.lgs. 9 maggio 2005 n. 96 e il successivo correttivo, d.lgs. 15 marzo 2006 n. 151. Dapprima, la legge 14 dicembre 1993 n. 537, che ha previsto la costituzione in forma di società di capitali delle gestioni aeroportuali statali; in seguito, la legge 3 agosto 1995 n. 351 e il d.m. 12 novembre 1997 n. 521 (recante il regolamento di attuazione della legge 537/1993), che definisce le modalità di costituzione delle società di capitali per la gestione delle infrastrutture aeroportuali.

² Gli aeroporti e i beni destinati strumentalmente alla navigazione, qualora di proprietà dello Stato, rientrano nel demanio aeronautico e sono assegnati in uso gratuito all'Ente Nazionale dell'Aviazione Civile, che successivamente procede all'affidamento in concessione alla società di gestione aeroportuale. Quest'ultimo è subordinato alla sottoscrizione di una convenzione fra ENAC e società di gestione aeroportuale e, successivamente, di un contratto di programma.

³ Sull'argomento si vedano, fra gli altri, A. SERRA, M. S. SPOLIDORO, *Fusioni e scissioni di società (commento al D.L. n. 22 del 16 gennaio 1991)*, Torino, 1994, p. 32; F. DI SABATO, *Le variazioni del capitale nella fusione*, in *Le Società*, 1986, p. 953, che configura il rapporto di cambio come rapporto tra i patrimoni effettivi delle società coinvolte dalla fusione, per la determinazione del quale non rileverebbe la somma dei capitali nominali delle suddette società, essendo solo necessario che "i soci delle società partecipanti concorrano nello stesso rapporto nel quale si trovano i valori dei patrimoni effettivi (stimati) delle società stesse"; F. SCARDULLA, *La trasformazione e la fusione delle società*, Milano, 2000; C.

SO.GE.A.AL s.p.a. (la prima assegnataria della concessione per la gestione dell'aeroporto di Olbia, la seconda per la gestione dell'aeroporto di Alghero).

Entrambe le società coinvolte si qualificano come “società miste”⁴, stante la compresenza fra soci pubblici e privati nelle rispettive compagini.

Per ciò che concerne SO.GE.A.AL s.p.a., la quota di maggioranza è detenuta dal socio privato F2i *Ligantia*, mentre per GEASAR s.p.a. il socio privato di maggioranza è F2i *Smeralda*. Le restanti quote sono detenute da soggetti pubblici, quali la Regione Sardegna e le Camere di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura.

Obiettivo della fusione, nell'intento delle due società, è quello di rafforzare il sistema aeroportuale della Sardegna Settentrionale, attraverso la creazione di un soggetto – la *Nord Sardegna Aeroporti S.p.a.* – che riunisca su di sé la gestione degli scali aeroportuali di Olbia e di Alghero.

In attuazione di tale proposito, le assemblee straordinarie di GEASAR s.p.a. e SO.GE.A.AL s.p.a. approvano un progetto di fusione che prevede l'incorporazione della seconda nella prima; con l'ulteriore previsione, già precisata, che l'incorporante GEASAR s.p.a. assuma la nuova denominazione di *Nord Sardegna Aeroporti s.p.a.*

Le conseguenze sono dupplici: la concessione relativa all'aeroporto di Alghero, facente parte del patrimonio di SO.GE.A.AL s.p.a., viene acquisita al patrimonio dell'incorporante GEASAR s.p.a. (*rectius*, della “*Nord Sardegna Aeroporti*”).

Pertanto, muta il partner privato di riferimento per tale concessione: non più F2i *Ligantia* bensì F2i *Smeralda*, socio di maggioranza di GEASAR s.p.a.

L'intervento del Tribunale di Cagliari, con riguardo all'operazione fin qui descritta, si rende necessario a seguito di ricorso presentato dalla Regione Sardegna; che, in qualità di socia di SO.GE.A.AL s.p.a., contesta la validità della delibera di fusione e ne chiede la sospensione.

Per effetto della fusione e del rapporto di cambio, infatti, la partecipazione della Regione Sardegna alla *Nord Sardegna Aeroporti s.p.a.* risulta notevolmente diluita

SANTAGATA, *La fusione*, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni*, Torino, 2004, p. 205, secondo cui il rapporto di cambio “*implica la proporzione in base alla quale si prevede dovrà effettuarsi l'assegnazione delle azioni (o quote) della società incorporante o rinveniente dalla fusione in sostituzione delle azioni o quote delle società incorporate o fuse*”; L. SCIPIONE, *La nuova disciplina delle operazioni straordinarie*, Milano, 2006; S. CACCHI PESSANI, *La fusione come tecnica di acquisizione*, Milano, 2023.

⁴ Per una disamina sul tema delle società a partecipazione pubblica si veda, fra gli altri, R. DE NICTOLIS, L. CAMERIERO, *Le società pubbliche in house e miste*, Milano, 2008; G. PIPERATA, *La partecipazione delle pubbliche amministrazioni a società di capitali nel nuovo disegno di riforma: modelli, procedure e limiti*, in F. CERIONI (a cura di), *Le società pubbliche nel Testo unico: D.lgs. 19 agosto 2016, n. 175*, Milano, 2017, p. 34 ss.; D. DI RUSSO, *Manuale delle società pubbliche*, Torino, 2017; I. DEMURO, C. IBBA, *Le società a partecipazione pubblica: commentario tematico ai D.lgs. 175/2016 e 100/2017*, Bologna, 2018; P. GUIDA, *La circolazione delle partecipazioni di società*, in F. FIMMANO', A. CATRICALA', R. CANTONE, *Le società pubbliche: fenomenologia di una fattispecie*, Napoli, 2020, p. 509 ss.; G. NAPOLITANO, *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003; V. DOMENICHELLI (a cura di), *La società «pubblica» tra diritto privato e diritto amministrativo*, Padova, 2008; S. VALAGUZZA, *Pubblico e privato nell'organizzazione*, in B. MARCHETTI (a cura di) *Pubblico e privato. Oltre i confini dell'amministrazione tradizionale*, Atti del seminario di Trento, 12 dicembre 2012, Padova, 2012; R. CHIEPPA, *La società a capitale misto alla luce degli ultimi interventi normativi*, in F. GUERRERA (a cura di), *Le società a partecipazione pubblica*, Torino, 2010; R. RORDORF, *Le società “pubbliche” nel codice civile*, in *Le società*, 2005; F. GOISIS, *Il problema della natura e della lucratività delle società in mano pubblica alla luce dei più recenti sviluppi dell'ordinamento nazionale ed europeo*, in *Dir. economia*, 2013.

rispetto a quella precedentemente detenuta in SO.GE.A.AL. s.p.a.; con la conseguente perdita del potere di incidere sulle scelte strategiche della nuova società.

Le questioni affrontate nel *corpus* della pronuncia sono di vario ordine: in primo luogo, la possibilità di dichiarare l'invalidità della delibera di fusione per contrasto con una norma imperativa.

Come anticipato, infatti, la fusione ha l'effetto di attribuire la concessione dell'aeroporto di Alghero ad un soggetto diverso da quello originariamente individuato in sede di procedura ad evidenza pubblica, in spregio a quanto previsto dall'art. 704 Codice della Navigazione.

In secondo luogo, si discute la possibilità di applicare alla fusione gli artt. 10, comma 2 e 17 del Testo Unico delle Società Pubbliche; così da subordinare la stessa al rispetto degli obblighi di evidenza pubblica.

Infine, si affronta il tema del presunto contrasto fra la delibera di fusione e la clausola prevista dall'articolo 8 dello Statuto di SO.GE.A.AL s.p.a., che subordina al benessere della Regione Sardegna la cessione della partecipazione da parte del socio privato.

3. La pronuncia del Tribunale di Cagliari

Con l'ordinanza in commento il Tribunale di Cagliari dichiara l'invalidità della delibera⁵ approvata in assemblea da SO.GE.A.AL. s.p.a., per contrasto della stessa con l'art. 8 dello Statuto della predetta società. E ne sospende gli effetti.

La norma statutaria subordina al benessere della Regione Sardegna eventuali modifiche soggettive del partner privato, tutelando l'Amministrazione dalla convivenza forzata con soggetti diversi da quelli selezionati per lo svolgimento di attività in regime di partenariato pubblico-privato.

La delibera di fusione, invece, produce il mutamento del partner privato di riferimento nel rapporto societario costituito per la gestione dell'aeroporto di Alghero: non più F2i *Ligantia*, bensì F2i *Smeralda*, socio di maggioranza dell'incorporante GEASAR s.p.a.

Dato l'esplicito dissenso della Regione Sardegna all'operazione, manifestato in sede di assemblea, la delibera deve ritenersi assunta in spregio dell'art. 8 dello Statuto di SO.GE.A.AL. s.p.a.; e dichiarata invalida, secondo quanto previsto dall'art. 2377 del Codice civile.

A sostegno delle proprie conclusioni, l'organo giudicante richiama l'art. 7, comma 7, TUSP; che, con riferimento alle società miste, subordina al *placet* del socio pubblico di maggioranza le vicende più significative della vita societaria.

L'operazione di fusione non è espressamente prevista dalla norma; nondimeno, è in grado di determinare sulla società effetti più significativi di quelli prodotti dalle

⁵ Sul regime di invalidità delle delibere assembleari si veda G. PRESTI, M. RESCIGNO, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari e delle decisioni dei soci nella riforma delle società di capitali*, Milano, 2003; A. PISANI MASSAMORMILE, *Statuti speciali di nullità ed "illegalità" delle delibere assembleari di S.p.a.*, in *Giur. it.*, 2003; C. E. PUPO, *Invalidità del procedimento deliberativo e dinamiche dell'investimento azionario*, in *Giur. comm.*, 2004; G. GUERRIERI, *La nullità delle deliberazioni assembleari di S.p.a.*, in *Giur. comm.*, 2005, I; I. IANNICELLI, *Profili processuali delle impugnazioni delle deliberazioni assembleari di società per azioni*, Salerno, 2008; L. ENRIQUES, A. ZORZI *Spunti in tema di rimedi risarcitori contro l'invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Riv. dir. comm.*, 2006, I; A. VICARI, *Invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Le nuove S.p.a.*, Bologna, 2010; G. ZANARONE, *La deliberazione annullabile come fattispecie*, in G. E. COLOMBO, G. B. PORTALE, *Trattato delle società per azioni. Assemblea*, Torino, 1993.

operazioni contemplate, fra cui la trasformazione. Per questo non può essere sottratta all'avallo della Regione Sardegna.

La validità della delibera di fusione, invece, non viene censurata sotto il profilo del presunto contrasto con l'art. 704 Codice della Navigazione.

A detta dell'organo giudicante, infatti, la declaratoria di invalidità per violazione di norma imperativa presuppone un vizio che ricada sull'atto in sé e non sui possibili effetti scaturiti dalla sua esecuzione.

L'articolo 704 del Codice della Navigazione, infatti, non vieta la fusione per incorporazione fra società di gestione aeroportuale, bensì l'assegnazione di una concessione senza previo espletamento di procedura ad evidenza pubblica (che, a ben vedere, costituisce solo uno dei molteplici esiti indiretti della fusione stessa).

Ne conseguono due corollari: innanzitutto, l'impossibilità di esaminare ulteriormente la questione nel *corpus* dell'ordinanza.

Inoltre, la necessità che sia l'Autorità Amministrativa competente a risolvere le problematiche relative alla vicenda concessoria. Le quali, ad ogni modo, resterebbero estranee alla decisione delle due società di procedere alla fusione per incorporazione.

A sostegno dell'assunto del giudice, si richiama il dibattito scientifico relativo al concetto di "violazione di norma imperativa", condividendo l'orientamento secondo cui l'invalidità implica un vizio sull'atto e non sugli effetti dello stesso⁶.

La risposta del Tribunale è di segno negativo anche con riguardo all'applicabilità degli artt. 10, comma 2 e 17 TUSP al caso di specie: la motivazione è fornita sulla base di un'interpretazione letterale e teleologica delle norme.

L'art. 17 TUSP prevede che la P.A., compiuta la scelta di svolgere un'attività in partenariato con un privato, debba necessariamente procedere alla selezione di quest'ultimo tramite procedura competitiva⁷.

L'art. 10, comma 2, TUSP, invece, stabilisce che l'alienazione delle partecipazioni pubbliche, detenute in società miste, sia effettuata nel rispetto dei principi di pubblicità, trasparenza e non discriminazione.

⁶ Sul tema, *ex multiis*, E. RUSSO, *Norma imperativa, norma cogente, norma inderogabile, norma indisponibile, norma dispositiva, norma suppletiva*, in *Riv. dir. civ.*, 2001; R. MOSCHELLA, *Il negozio contrario a norme imperative*, in *Legisl. ec.*, 1978-1979, Milano, 1981; A. GENTILI, *Le invalidità*, in E. GABRIELLI (a cura di), *I contratti in generale*, II, Torino, 1999; F. GALGANO, *Le obbligazioni e i contratti. Obbligazioni in generale. Contratti in generale*, in F. GALGANO (a cura di), *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990; G. R. VILLA, *Contratto e violazione di norme imperative*, Milano, 1993; G. B. FERRI, *Appunti sull'invalidità negoziale (dal codice civile del 1865 al codice civile del 1942)*, in *Riv. dir. comm.*, 1996; A. BARBA, *La nullità del contratto per violazione di norma imperativa*, in N. LIPARI, P. RESCIGNO (diretto da), *Il contratto in generale, Trattato dei contratti*, Vol. III, Milano, 2009; A. ALBANESE, *Violazione di norme imperative e nullità del contratto*, Napoli, 2003; G. D'AMICO, *Nullità non testuale*, in *Enciclopedia del diritto-Annali*, IV, Milano, 2011; G. DE NOVA, *Il contratto contrario a norme imperative*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1985; G. MASTROPASQUA, *Art. 1418 c. 1 c.c.: la norma imperativa come norma inderogabile*, in www.juscivile.it, 2013.

⁷ Si discorre, in tal caso, di "gara a doppio oggetto": che, per un verso, definisca puntualmente le caratteristiche dell'attività da svolgere e, su tale base, selezioni il soggetto più idoneo ad affiancare la P.A. in veste di socio; per altro verso, realizzi l'affidamento a quest'ultimo del servizio così predeterminato. Sul tema del partenariato pubblico-privato si veda M. A. SANDULLI, *Il partenariato pubblico privato istituzionalizzato nell'evoluzione normativa*, in www.federalismi.it; F. MASTRAGOSTINO (a cura di), *La collaborazione pubblico-privato e l'ordinamento amministrativo*, Torino, 2011; T. BONETTI, *Le società mite: modello generale di partenariato nel governo locale*, in *Istituzioni del federalismo - Quaderni*, Rimini, 2011, p. 37.; M. P. CHITI, *I partenariati pubblico-privati e la fine del dualismo tra diritto pubblico e diritto comune*, in M. P. CHITI (a cura di) *Il partenariato pubblico-privato*, Napoli, 2009.

In entrambi i casi, il senso delle prescrizioni è da rintracciarsi nella necessità che l'agire amministrativo sia improntato a criteri di trasparenza, pubblicità e non discriminazione, secondo i dettati di matrice unitaria e costituzionale.

Partendo dal dato normativo, l'organo giudicante afferma che: *i)* in caso di fusione per incorporazione non ricorre un'ipotesi di alienazione della partecipazione, bensì una vicenda di successione a titolo universale simile alla successione *mortis causa*⁸; *ii)* la fusione interviene in un momento successivo a quello della costituzione della società quando la scelta del socio privato è già stata effettuata.

Pertanto, afferma l'organo giudicante, sotto il profilo letterale non è possibile ritenere applicabile né l'art. 10, comma 2, TUSP – che si riferisce propriamente a vicende di tipo traslativo – né l'art. 17 TUSP, che riguarda una fase già conclusa.

Nondimeno, la pronuncia ammette che l'applicabilità del TUSP non possa essere limitata alla ricorrenza letterale delle ipotesi previste, essendo necessario un accertamento sostanziale degli effetti della singola operazione⁹.

Scopo degli articoli 10 e 17 TUSP, come anticipato, è quello di assicurare che l'agire amministrativo sia improntato a criteri di trasparenza, pubblicità e non discriminazione, secondo i dettati di matrice unitaria e costituzionale.

Occorre stabilire se le medesime istanze di tutela ricorrano anche nel caso di specie, così da richiedere l'applicazione degli obblighi di evidenza pubblica.

Da questo punto di vista, nel caso in esame la fusione per incorporazione produce l'estinzione della società SO.GE.A.AL. e la confluenza di tutte le situazioni giuridiche ad essa riferibili nell'incorporante GEASAR s.p.a., sotto il nuovo nome di *Nord Sardegna Trasporti*.

Si tratta, a ben vedere, di una riorganizzazione societaria, rispondente a logiche imprenditoriali e di mercato; un'operazione condotta da soggetti privati, con effetti su patrimoni privati, e destinata a coinvolgere solo indirettamente la partecipazione pubblica, in cagione del rapporto di cambio.

In altri termini, afferma il giudice, non è la Regione Sardegna a realizzare la dismissione di un bene pubblico, *sub specie* della propria partecipazione; e non si pone il problema di garantire l'imparzialità dell'agire amministrativo nell'assegnazione di un pubblico beneficio, subordinando l'operazione a procedure di gara.

Anche l'applicazione dell'argomento teleologico, dunque, conduce il giudice ad affermare l'inapplicabilità degli artt. 10, comma 2 e 17 TUSP al caso di specie.

In ogni caso, pur volendo ammettere che l'operazione richieda l'espletamento di una gara, lo scopo ultimo della fusione – la creazione di un unico gestore per gli aeroporti del Nord Sardegna – imporrebbe comunque quale interlocutore di riferimento la società GEASAR S.p.a. (concessionaria dell'aeroporto di Olbia).

⁸ È la posizione espressa da Corte di Cassazione, sez. un., sentenza 30 luglio 2021 n. 21970, reperibile su <https://www.judicium.it/wp-content/uploads/2021/11/Cass.-sez.-un.-30-luglio-2021-n.-21970.pdf>. La Corte ha chiarito che la fusione per incorporazione non produce alcun effetto traslativo, determinando invece un fenomeno di successione a titolo universale corrispondente alla successione *mortis causa*. I rapporti giuridici attivi e passivi facenti capo alla società incorporata mutano di titolarità e proseguono in capo all'incorporante; la quale, inoltre, subentra nell'intero compendio patrimoniale dell'incorporata, che si estingue. Allo stesso modo, i soci della società incorporata divengono titolari di una quota del capitale dell'incorporante, definita sulla base del rapporto di cambio, e proseguono nell'esercizio dell'attività di impresa mediante una diversa struttura organizzativa.

⁹ Nello svolgimento di tale *excursus* logico, l'organo giudicante richiama Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 1 settembre 2021 n. 6142.

La quale, dunque, assume la veste di partner “infungibile” e si pone quale unica alternativa possibile presente sul mercato.

4. Il reclamo avverso la sospensione degli effetti della delibera

Avverso l’ordinanza di sospensione degli effetti della delibera, le società SO.GE.A.AL. s.p.a. e GEASAR s.p.a. hanno presentato reclamo. Con ordinanza del 28 dicembre 2023, il Tribunale di Cagliari ha rigettato il reclamo proposto dalle società.

A sostegno dell’azione intrapresa, le reclamanti riferiscono, innanzitutto, l’avvenuta cessione della quota detenuta da F2i *Smeralda* in GEASAR s.p.a., a favore di F2i *Ligantia* s.p.a., socio di maggioranza di SO.GE.A.AL.

All’esito di tale operazione, F2i *Ligantia* diviene socio di maggioranza di entrambe le società coinvolte, con l’effetto di far venire meno “*la vicenda circolatoria che aveva determinato sostanzialmente una modifica dal lato soggettivo del rapporto societario costituito per la gestione dell’aeroporto di Alghero e che aveva giustificato [...] la sospensione della delibera di fusione della SO.GE.A.AL*”¹⁰.

Contestano, inoltre, la sussistenza del *periculum in mora*, rappresentando al giudice gli esiti negativi che la sospensione della delibera avrebbe sull’operazione di fusione.

Infine, contestano la presunta inopportunità del richiamo all’art. 7, comma 7, TUSP, utilizzato dal giudice della cautela per affermare la necessità di un *placet* del socio pubblico alla fusione.

In particolare, le ricorrenti lamentano: la mancata previsione della fusione fra le ipotesi contemplate dalla norma; il fatto che l’applicazione di tale meccanismo rimetterebbe esclusivamente al socio pubblico la decisione su eventuali operazioni straordinarie, in spregio alle maggioranze previste dal Codice civile; infine, la circostanza per cui una deliberazione del socio pubblico non sarebbe necessaria in caso di operazione condotta da soggetti privati.

Come anticipato, la decisione del Tribunale è nel senso di procedere al rigetto del reclamo, confermando la sospensione degli effetti della delibera di fusione.

Innanzitutto, la pronuncia si sofferma sull’impossibilità di condividere le osservazioni delle reclamanti in merito all’art. 7, comma 7, TUSP: nella visione del giudice, infatti, la fusione avrebbe effetti ben più dirompenti di quelli di altre operazioni testualmente previste, quali la trasformazione.

E dovrebbe, *a fortiori*, essere realizzata esclusivamente previo assenso del socio pubblico di maggioranza: nel caso di specie, la Regione Sardegna.

Né sarebbe possibile affermare che la norma trovi applicazione solo in caso di iniziativa del socio pubblico, considerato che l’attenzione del legislatore è rivolta ai soli effetti prodotti dall’operazione e non al soggetto che assume l’iniziativa.

Inoltre, con riferimento alla presenza di un *periculum in mora*, connesso all’esecuzione della delibera di fusione, risultano confermate le conclusioni dell’ordinanza di sospensione, che privilegia la Regione Sardegna in quanto ente esponenziale di interessi pubblici.

¹⁰ Tribunale di Cagliari, sez. Impresa, Ordinanza 28 dicembre 2023, p. 4.

5. Conclusioni

La pronuncia evidenzia le criticità connesse alle caratteristiche delle società a partecipazione pubblica in un settore – quello delle gestioni aeroportuali – in fortissima espansione, connotato da elevati livelli di tecnicismo, perennemente sospeso fra istanze lucrative di stampo imprenditoriale ed esigenze di garanzia del pubblico interesse.

Da un punto di vista sostanziale, la convivenza fra privato e Pubblica Amministrazione consente a quest'ultima di beneficiare di moduli organizzativi e gestionali efficaci; e di un patrimonio di conoscenze tecniche che comporta evidenti vantaggi per l'utenza finale e la collettività in generale.

Nondimeno, richiede un complesso e delicato bilanciamento fra logiche di mercato e interessi pubblici, in modo da scongiurare il rischio di una indiscriminata prevalenza delle prime a scapito dei secondi.

Si tratta di una dicotomia destinata a riflettersi anche sul versante giuridico: occorre stabilire, infatti, se le peculiarità delle società miste giustificano la sottrazione di alcune fattispecie alla disciplina del Codice civile, collocandole nell'alveo di altri corpi normativi. È il caso, come visto, delle operazioni straordinarie di società.

Tutte queste complessità emergono con chiarezza dal *corpus* dell'ordinanza e dal percorso argomentativo seguito dal Tribunale di Cagliari.

Per un verso, infatti, il giudice sembra riconoscere la completa autonomia della fusione rispetto alle vicende pubblicistiche che, a vario titolo, investono la vita delle società coinvolte.

Essa è operazione condotta da soggetti privati, secondo le regole del Codice civile, presuppone il voto favorevole delle relative assemblee e l'applicazione di un meccanismo – il rapporto di cambio – suscettibile di mutare gli assetti partecipativi dei soci (finanche del socio pubblico di maggioranza).

Non richiede il previo espletamento di procedure ad evidenza pubblica, stante il mancato coinvolgimento di beni pubblici, né può essere censurata in cagione degli effetti indirettamente dispiegati sull'assegnazione della concessione.

La stessa declaratoria di invalidità della relativa delibera è condotta sulla stregua di una norma – l'art. 2377 c.c. – di matrice esclusivamente privatistica.

Per altro verso, tuttavia, il richiamo all'art. 7 comma 7 TUSP sembra introdurre un nuovo punto di vista: l'attuazione di operazioni strategiche, destinate ad avere un impatto significativo sulla vita della società, non può avvenire in assenza di benessere del socio pubblico.

Solo in questo modo è possibile il perseguimento dell'interesse pubblico ad esso affidato dalla legge e sotteso all'impiego dello strumento societario nelle attività di competenza della Pubblica Amministrazione.

Il riconoscimento di un *periculum in mora*, scaturente dall'esecuzione della delibera, risponde alla medesima logica e risolve il delicato conflitto fra gli interessi coinvolti.

Nel bilanciamento fra le istanze imprenditoriali di SO.GE.A.AL. e GEASAR – che intendono compiere una riorganizzazione dei propri assetti soggettivi attraverso la fusione – e quelle della Regione Sardegna al mantenimento dei propri poteri in un settore di forte interesse collettivo, la pronuncia dimostra di privilegiare la Regione.

Nota a sentenza

La necessità di tempi certi e di un provvedimento espresso per il rilascio di una concessione demaniale*

Marco Di Giugno

Direttore Analisi Giuridiche e Contenzioso presso ENAC, Professore a contratto di diritto della navigazione nell'Università degli Studi di Enna "Kore"

Abstract

The need for certain times and an express order for the issuance of a concession.

The judgment in comment highlights the obligation of the public administration, regarding a request by a user to obtain the management of a state property, to conclude the procedure with an express provision. In particular, in concessions, where the management agreement has already been stipulated, the administration must proceed without delay to adopt the concession in order to ensure the certainty of the legal relationship between the parties.

Parole chiave: concessioni aeroportuali; provvedimento amministrativo espresso; inapplicabilità del silenzio assenso; D.M. 12 novembre 1997, n. 521.

Sommario — 1. Il procedimento per il rilascio delle concessioni aeroportuali — 2. La natura giuridica delle concessioni aeroportuali — 3. La ricostruzione della sentenza n. 703 del 13 luglio 2023 del TAR Toscana — 3.1 L'avvio della procedura di rilascio della concessione della gestione totale dell'aeroporto di Grosseto — 3.2. Il procedimento avverso il silenzio delle amministrazioni coinvolte e la decisione del TAR — 4. La necessità di semplificare il percorso dell'adozione del Decreto Interministeriale in presenza di un atto amministrativo adottato da ENAC — 5. I precedenti giurisprudenziali — 6. Riflessioni (critiche) conclusive

1. Il procedimento per il rilascio delle concessioni aeroportuali

La disciplina relativa all'affidamento delle gestioni aeroportuali¹ è prevista in via generale dall'articolo 704 del codice della navigazione come modificato dal d.lgs. 96/2005 e dal d.lgs. 151/2006 che espressamente prevede che il provvedimento concessorio è adottato, su proposta dell'ENAC, "*all'esito di selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica*".

* Sottoposto a referaggio.

¹ Atti Camera, Rapporto Attività Commissioni, XV Legislatura, cap. 12.

L'art. 704 recepisce all'interno del codice della navigazione quanto statuito dall'articolo 10, comma 13 della legge 537/1993, recante interventi correttivi di finanza pubblica, che ha previsto la costituzione di apposite società di capitale per la realizzazione e la gestione delle infrastrutture negli aeroporti nazionali. A tali società, regolate dalle disposizioni del codice civile, possono partecipare, senza il vincolo della proprietà maggioritaria, le regioni, le province, i comuni, gli enti locali e le camere di commercio interessati. La norma rinviava la previsione della disciplina di attuazione ad un successivo decreto del Ministro dei trasporti, da adottare di concerto con il Ministro del tesoro.

Nelle more dell'emanazione del regolamento di attuazione, il d.l. 67/1997², ha previsto, all'articolo 17, in attesa dell'affidamento delle gestioni totali, che i soggetti titolari di gestioni parziali aeroportuali³, anche in regime precario, potessero essere autorizzati all'occupazione e all'uso dei beni del sedime aeroportuale, per l'effettuazione di interventi indifferibili e urgenti necessari alla manutenzione ordinaria e straordinaria delle infrastrutture aeroportuali, nonché alla gestione dell'aeroporto, vincolando a tali fini i diritti aeroportuali che gli stessi soggetti erano autorizzati a percepire in aggiunta a quelli eventualmente già di loro spettanza. Ai sensi di tale norma, l'autorizzazione costituiva titolo per percepire i diritti aeroportuali di cui alla legge 324/1976⁴, e decade nel caso di mancato affidamento al soggetto autorizzato della gestione totale.

Il regolamento di cui al d.m. 12 novembre 1997, n. 521 ha stabilito le norme di attuazione dell'articolo 10, comma 13 della legge n. 537 del 1993. In base a tali norme, e in particolare all'articolo 7, l'affidamento in concessione è disposto con decreto del Ministro dei Trasporti, di concerto con i Ministri del Tesoro, delle Finanze e dei Lavori Pubblici nonché, nel caso degli aeroporti militari aperti al traffico civile, della Ministero della Difesa, su istanza delle società richiedenti, da integrare, entro termini definiti, con una domanda corredata da un programma di intervento, comprensivo del piano degli investimenti e del piano economico-finanziario. La concessione, che può avere una durata massima di quaranta anni (in relazione alle valutazioni formulate sui contenuti del programma di intervento), ha per oggetto la progettazione, lo sviluppo, la realizzazione, l'adeguamento, la gestione, la manutenzione e l'uso degli impianti e delle infrastrutture aeroportuali, comprensivi dei beni demaniali costituenti il sistema aeroportuale. La concessione è condizionata alla sottoscrizione del contratto di programma e delle convenzioni, che dovranno regolare, tra l'altro, i rapporti tra le società e le pubbliche amministrazioni relativamente alla disponibilità degli spazi inerenti l'espletamento dei compiti istituzionali, anche ai fini della determinazione dei relativi canoni di utilizzo.

² Decreto legge 25 marzo 1997 n. 67, recante *Disposizioni urgenti per favorire l'occupazione*, convertito con modificazioni dalla legge 23 maggio 1997 n. 135.

³ Il c.d. diritto di insistenza è la situazione giuridica soggettiva del concessionario di un bene pubblico, che dovrebbe accordare a quest'ultimo una preferenza rispetto ad altri aspiranti concessionari, nel momento in cui la P.A. deve procedere ad una nuova concessione del bene. All'epoca tale principio era codificato all'art. 37, comma 2 del Codice della Navigazione che espressamente prevedeva la "*preferenza alle precedenti concessioni, già rilasciate, in sede di rinnovo rispetto alle nuove istanze*". Sul diritto di insistenza nelle concessioni demaniali marittime si veda E.O. QUERCI, *Le concessioni di beni demaniali marittime e la legge 7 agosto 1990, n. 241. Modificazioni procedurali*, Modena, 1996, p. 85 ss.; B. TONOLETTI, *Beni pubblici e concessioni*, Padova, 2008, p. 362 ss.; A. LEFEBVRE D'OVIDIO, G. PESCATORE, L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano, 2008, p. 123, in particolare nota 21. Si veda altresì S. CASSESE, *Concessione di beni pubblici e «diritto di insistenza»*, in *Gior. dir. amm.*, n. 4, 2003.

⁴ Legge 5 maggio 1976 n. 324.

Successivamente, l'articolo 1-*bis* del d.l. 237/2004⁵ ha introdotto una disciplina integrativa rispetto a quella già prevista per la concessione delle gestioni aeroportuali. La disposizione prevedeva, così, in relazione alle convenzioni approvate e rese esecutive dai decreti di concessione della gestione aeroportuale, una verifica, almeno quadriennale, della sussistenza dei requisiti soggettivi ed oggettivi e delle altre condizioni che avevano determinato il rilascio del titolo.

Da ultimo, l'articolo 704 del codice della navigazione come modificato dai d. lgs. 96/2005 e 151/2006 – riproducendo in gran parte la normativa già vigente – ha dettato disposizioni in materia di concessioni della gestione totale aeroportuale degli aeroporti e dei sistemi aeroportuali di rilevanza nazionale⁶, definendo in particolare la procedura per il rilascio della concessione: essa viene rilasciata con decreto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, adottato di concerto con il Ministro dell'Economia e delle Finanze e, limitatamente agli aeroporti militari aperti al traffico civile, con il Ministro della Difesa. La concessione è rilasciata su proposta dell'ENAC, nel limite massimo di quaranta anni, all'esito di una selezione effettuata tramite procedura di gara ad evidenza pubblica secondo la normativa comunitaria, con idonee forme di pubblicità, nel rispetto dei termini procedurali fissati dall'ENAC, sentita, laddove competente, la regione o provincia autonoma nel cui territorio ricade l'aeroporto oggetto di concessione.

A tale disciplina va comunque correlata la disposizione transitoria contenuta nell'articolo 3, comma 2, del d.lgs. 96/2005, che sostanzialmente fa salve le concessioni già rilasciate e quelle il cui procedimento fosse in corso alla data di entrata in vigore del decreto legislativo.

In particolare, l'articolo 3, comma 2, del decreto legislativo stabiliva l'inapplicabilità delle disposizioni recate dal primo e dal secondo comma dell'articolo 704, relative alle concessioni già rilasciate, anche in base a legge speciale, nonché ai procedimenti di rilascio della concessione già iniziati (più precisamente, originati da istanze presentate antecedentemente alla data di entrata in vigore del decreto legislativo, ai sensi del d.m. 521/1997): detti procedimenti dovevano concludersi entro un anno dalla data di entrata in vigore del decreto legislativo. Termine prorogato, con successivi interventi normativi, fino al 31 dicembre 2012.

Come è facilmente consultabile dal sito dell'ENAC⁷ quasi la totalità degli aeroporti italiani sono stati affidati, a vario titolo, in regime di gestione totale. Ad oggi risultano privi di una concessione di gestione totale solo gli aeroporti di Bolzano e Grosseto.

2. La natura giuridica delle concessioni aeroportuali: rapporto tra convenzione ENAC/Gestore e Decreto Interministeriale

Sebbene vi sia parte della dottrina che ritiene la concessione un atto autoritativo unilaterale che determina l'insorgere di interessi legittimi⁸, oggi, anche a seguito degli

⁵ Legge 8 settembre 2004 n. 237, recante *Interventi urgenti nel settore dell'aviazione civile*.

⁶ Al riguardo si fa presente che all'articolo 704 del codice, come modificato, permane il riferimento alla rilevanza nazionale degli aeroporti, nonostante all'articolo 698 relativo all'individuazione degli aeroporti si faccia riferimento agli "aeroporti e sistemi aeroportuali di interesse nazionale".

⁷ Sei veda <https://www.enac.gov.it/aeroporti/gestioni-aeroportuali-regolazione-tariffaria/tipologia-canoni-delle-gestioni-aeroportuali/tipologia-di-gestioni/aeroporti-gestione-totale>.

⁸ Cfr. A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1956. La dottrina tradizionale ritiene che possano trasferirsi anche i poteri, ma è stato condivisibilmente osservato (E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006) che "non è trasmissibile o suscettibile di essere costituito mediante atto il potere, sicché non è corretto affermare che l'amministrazione trasferisce un potere al privato: il

orientamenti dell'Unione Europea, si è consolidata la tesi della c.d. concessione contratto, secondo la quale la concessione si compone di due atti: il provvedimento unilaterale (nel caso di specie il Decreto Interministeriale) ed una convenzione (quella stipulata tra ENAC e Gestore) accessoria di carattere bilaterale⁹, di natura privatistica o contrattuale, a completamento del provvedimento amministrativo, regolativa dei diritti tra le parti¹⁰: la concessione si presenta, pertanto, come un atto complesso nel quale la volontà della P.A. si incontra e si accorda con la volontà e l'interesse del privato. Ne deriverebbe tra il privato e la Pubblica Amministrazione l'insorgere di un rapporto complesso in cui vi è la compresenza di componenti pubblicistiche e privatistiche, tra loro strettamente interconnesse.

Alla luce di quanto detto, si comprende come provvedimento e concessione viaggino su due binari paralleli, ma distanti; il provvedimento, difatti, è caratterizzato dal suo carattere autoritativo che comporta l'impossibilità, per il privato, di mediare il contenuto del provvedimento stesso che, una volta emesso, potrà solo essere impugnato.

Se, con la concessione, il privato assume la medesima posizione dell'Amministrazione (nel senso che egli potrà esercitare sul bene i medesimi poteri che alla stessa spettavano prima del provvedimento amministrativo), è vero, altresì, che non si realizza mai una simmetria del tutto perfetta. E, invero, sebbene la concessione rappresenti un mezzo di produzione di ricchezza privata, spetta sempre all'Amministrazione (ENAC) il compito di controllo sulla corretta gestione di un bene che per sua natura è destinato a finalità di pubblico interesse.

La concessione aeroportuale rientra tra le concessioni traslative con la quale le facoltà di esercizio di poteri o diritti appartenenti alla sfera giuridica dell'Amministrazione concedente è trasferita al concessionario e comporta, talvolta, limitazioni nell'esercizio degli stessi da parte della P.A. concedente (ad esempio, in materia di concessione di servizi o di concessione di costruzione e gestione di autostrade). I limiti e l'ambito dell'esercizio dei poteri trasferiti sono stabiliti nell'atto concessorio che rinvia all'atto convenzionale¹¹.

Alla luce di quanto sopra c'è da chiedersi se dopo la stipula della convenzione tra ENAC e Gestore, all'esito di una istruttoria svolta secondo quanto previsto da una Circolare Ministeriale, il decreto interministeriale che sancisce la concessione di

*soggetto pubblico può soltanto consentirne l'esercizio al concessionario. Quando un potere di rilevanza pubblicistica sia direttamente attribuito dalla legge ad un privato si è al di fuori della fattispecie concessoria" e, al riguardo, l'Autore fa l'esempio del conferimento di poteri certificativi attribuiti al notaio, per i quali ricorre l'istituto della sostituzione. Cfr., inoltre, F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008, il quale specifica che "la titolarità del diritto soggettivo o del potere non viene tralata al concessionario, cui viene esclusivamente conferita la facoltà di esercitarlo". Il tema della trasferibilità dell'interesse legittimo è piuttosto trascurato in dottrina, mentre in giurisprudenza riceve indicazioni contraddittorie. Recentemente, al tema è stato dedicato un lavoro monografico, M. D'ARIENZO, *Trasferibilità dell'interesse legittimo*, Napoli, 2017.*

⁹ A. ALTIERI, *Le concessioni amministrative*, in *Amministrazione e Contabilità dello Stato e degli Enti Pubblici*, 2020, p. 36 ss.

¹⁰ Il soggetto destinatario, di norma, dovrebbe essere un privato; diversamente, si configurerebbe l'istituto della delegazione amministrativa intersoggettiva. Ciò non sempre corrisponde alla realtà fattuale; occorre, infatti, ricordare la legge n. 1137/1929 che disciplinava la concessione ed esercizio ad imprese nel settore autostradale, recante, all'art. 1, la seguente previsione: "Possono essere concessi in esecuzione a Province, Comuni, Consorzi privati, opere pubbliche di qualunque natura, anche indipendentemente dall'esercizio delle opere stesse", prevedendosi, quindi, una concessione anche in favore dell'ente pubblico.

¹¹ A. ALTIERI, *Le concessioni amministrative*, cit., p. 36 ss.

gestione totale sia un atto vincolato¹² o permane in capo ai Ministri una attività discrezionale da svolgere.

La sentenza in commento, come altra analoga giurisprudenza che verrà illustrata in seguito, pur avendone l'opportunità, si limita a sorvolare la questione senza prendere posizione.

3. La ricostruzione della sentenza n. 703 del 13 luglio 2023 del TAR Toscana

3.1. L'avvio della procedura di rilascio della concessione della gestione totale dell'aeroporto di Grosseto

La Società Esercizio Aeroporto Maremma – SEAM S.p.A. (di seguito, “SEAM”) è una società conforme ai requisiti previsti del Decreto Ministeriale 12 novembre 1997 n. 521. In data 31 dicembre 1998, SEAM ha presentato all'allora Ministero dei Trasporti e della Navigazione (ora Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti – “MIT”) l'istanza per il rilascio della concessione della gestione totale dell'aeroporto di Grosseto, mediante affidamento diretto, ai sensi dell'art. 7 dello stesso d.m. n. 521/1997. Nelle more dello svolgimento del procedimento di affidamento della concessione, l'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (“ENAC”) ha concesso a SEAM, in via provvisoria, l'occupazione anticipata e l'uso dei beni rientranti nel sedime aeroportuale, in qualità di gestore “parziale” e “precario” dell'aeroporto, con Decreto del Direttore Generale dell'ENAC n. 46 dell'11 dicembre 2000. Ad oggi, SEAM continua ad operare presso l'aeroporto di Grosseto ancora quale gestore parziale e precario.

Al fine di ottemperare alle indicazioni contenute nella sopravvenuta direttiva del Ministero dei Trasporti n. 135/T del 12 settembre 2007 (“Affidamento della gestione totale di aeroporti con un traffico inferiore a 250.000 passeggeri o di sola aviazione generale”, in seguito la “Direttiva MIT”), in data 30 dicembre 2008 SEAM ha presentato ad ENAC il Programma di Intervento 2009-2028. Nell'ottobre 2011 ENAC ha concluso l'istruttoria di sua competenza, trasmettendo al proprio Consiglio di Amministrazione parere favorevole per l'adozione della delibera di approvazione. La valutazione positiva si concludeva entro il 31 dicembre 2012, e dunque entro il termine ultimo per la conclusione dei procedimenti avviati con istanza ex d.m. n. 521/1997. Nonostante la conclusione positiva dell'istruttoria demandata ad ENAC, che faceva prefigurare il rapido rilascio della concessione di gestione aeroportuale, la procedura subiva un imprevisto rallentamento dovuto all'esigenza dello Stato Maggiore dell'Aeronautica di avere un confronto con ENAC e SEAM in merito alla corretta interpretazione delle limitazioni tecniche previste sullo scalo di Grosseto per l'operatività dei voli commerciali. Chiariti tali aspetti, il 9 maggio 2013 la valutazione positiva degli uffici tecnici veniva confermata (*rectius*, ratificata) dal Consiglio di Amministrazione dell'ENAC, il quale dava conseguenzialmente mandato al Direttore Generale dell'Ente di procedere alla sottoscrizione con SEAM della convenzione di affidamento della gestione totale dell'aeroporto di Grosseto per una durata di anni venti. In data 23 novembre 2017, ENAC e SEAM sottoscrivevano la convenzione di gestione totale dell'aeroporto di Grosseto per venti anni ex art. 7 d.m. n. 521/1997 (convenzione che veniva poi integralmente sostituita da quella sottoscritta l'anno successivo, l'8

¹² Cfr. F. FOLLIERI, *Decisione amministrativa e atto vincolato*, in *Federalismi.it*, n. 7, 2017.

novembre 2018, alla luce di ulteriori confronti tra Aeronautica Militare, ENAC e SEAM).

Sussistendo tutti i presupposti per procedere al rilascio della concessione di gestione totale, il 24 dicembre 2018 l'Ufficio di Gabinetto del MIT ha trasmesso lo schema di decreto interministeriale di rilascio della concessione di gestione totale dell'aeroporto di Grosseto all'Ufficio Legislativo del Ministero dell'Economia e delle Finanze ("MEF") e all'ufficio di Gabinetto del Ministero della Difesa, al fine di ricevere "*il definitivo parere di concordanza di codesti dicasteri alla sottoscrizione dell'atto di concessione nella forma proposta*".

Nonostante la trasmissione, da parte dell'Ufficio di Gabinetto del MIT, dello schema di decreto interministeriale, ed il sollecito effettuato da SEAM il 17 novembre 2021, ad oggi non è stato adottato il formale provvedimento di concessione della gestione totale dello scalo di Grosseto.

Dalla ricostruzione effettuata è emerso che il mancato rilascio della concessione sia dovuto all'impossibilità di affidare la gestione totale dell'Aeroporto di Grosseto senza dare corso a procedure di selezione ad evidenza pubblica: i pareri negativi dell'Ufficio di Gabinetto, del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato e del Tesoro del MEF erano stati motivati dalla considerazione della natura perentoria del termine di conclusione del procedimento di concessione totale, sicché, dopo la data del 31 dicembre 2012, per l'affidamento della concessione totale dell'aeroporto di Grosseto si sarebbe dovuto procedere con gara pubblica ai sensi dell'art. 704 del Codice della navigazione.

3.2. Il procedimento avverso il silenzio delle amministrazioni coinvolte e la decisione del TAR

L'azione promossa contro il silenzio "inadempimento" dell'Amministrazione tende all'accertamento dell'illegittimità del comportamento omissivo della stessa, quale violazione dell'obbligo di pronunciarsi in modo espresso sull'accogliibilità o meno di una domanda che ad essa è stata avanzata¹³.

L'Amministrazione è, infatti, tenuta ad adottare un provvedimento motivato sulle istanze volte ad ottenere l'esercizio di un potere che l'ordinamento le ha attribuito (quando al silenzio non è attribuito dalla legge un significato di assenso o di diniego sulla richiesta presentata), e ciò anche quando eventualmente ritenga di dover respingere le domande presentate, anche al fine di consentire agli interessati di poter utilizzare tutti

¹³ Sul silenzio della pubblica amministrazione la bibliografia è vastissima. Si veda, tra le altre opere, P. VIRGA, *Diritto amministrativo*, Milano, anno, p. 39; F.G. COCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Milano, 1971; B. TONOLETTI, *Silenzio della pubblica amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1995; V. PEDACI, *Brevi considerazioni sull'inerzia dell'amministrazione e sul significato del silenzio*, in *Amm. it.*, 2000, p. 419; G.B. GARRONE, *Silenzio della pubblica amministrazione (ricorso giurisd. amm.)*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 191 ss.; P.G. LIGNANI, *Silenzio (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Agg.*, III, Milano, 1999, p. 978 ss.; F.G. COCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1995, p. 397 ss.; V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione*, Milano, 1996; M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995; G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi ai silenzi provvedimentali e procedurali della p.A.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2023, p. 283 ss.; M.A. SANDULLI, *L'istituto del silenzio assenso tra semplificazione e incertezza*, in *Nuove autonomie*, n. 3, 2012, p. 435 ss.; N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2021, p. 350 ss.

gli strumenti che l'ordinamento ha previsto per la tutela delle loro ragioni¹⁴. Il giudizio sul silenzio inadempiuto (o rifiuto), ora disciplinato dagli artt. 117 e 31 del codice del processo amministrativo (e prima dall'art. 21-bis della legge T.A.R.), ha pertanto per oggetto l'accertamento dell'illegittimità del silenzio serbato dall'Amministrazione sull'istanza che le è stata presentata e sulla quale doveva provvedere. Il primo comma dell'art. 31 c.p.a. prevede pertanto che *“decorsi i termini per la conclusione del procedimento amministrativo, chi vi ha interesse può chiedere l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere”*. Il secondo comma dell'art. 31 c.p.a. precisa che *“l'azione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempiuto e, comunque, non oltre un anno dalla scadenza del termine di conclusione del procedimento. È fatta salva la riproponibilità dell'istanza di avvio del procedimento ove ne ricorrano i presupposti”*. La suddetta disposizione stabilisce che l'azione contro il silenzio dell'Amministrazione può essere proposta fintanto che perdura l'inadempiuto e cioè fino a quando l'Amministrazione non ha (anche se tardivamente) provveduto.

Il Collegio, pertanto, dopo aver scrutinato delle eccezioni preliminari proposte dai Ministeri convenuti, ha accolto il ricorso della SEAM ritenendo che *“sussista in capo alle Amministrazioni coinvolte nel presente procedimento l'obbligo di provvedere”*.

Secondo il TAR l'adozione dei pareri negativi dei Dipartimenti della Ragioneria Generale e del Tesoro in merito all'impossibilità di affidare la gestione totale dell'Aeroporto di Grosseto senza dare corso a procedure di selezione ad evidenza pubblica, non determina la conclusione del procedimento. Che il procedimento di che trattasi sia ancora pendente è dimostrato dal fatto che con nota del 5 ottobre 2022, il Capo di Gabinetto del Ministero della Infrastrutture e della Mobilità Sostenibili fa presente alla Presidenza del Consiglio dei Ministri che, a seguito di un confronto informale con le altre Amministrazioni interessate (Ministeri della difesa, dell'economia e delle finanze ed ENAC), si era convenuto, qualora condiviso dalla Presidenza, di convocare apposita Conferenza di servizi per giungere a una determinazione definitiva in merito all'affidamento della concessione della gestione totale dell'Aeroporto di Grosseto.

Sulla questione della competenza a concludere il procedimento di che trattasi, il Tar Liguria ha condivisibilmente chiarito che *“Va escluso, però, che la prescrizione dettata dal comma 1 (dell'art.704 del codice della navigazione n.d.r.), laddove individua le autorità ministeriali quali autrici del provvedimento di concessione della gestione totale, si possa configurare come eccezione alla regola generale, poiché l'atto in questione, che si traduce nella “premissione concreta degli obiettivi dell'intero impianto organizzatorio della rete aeroportuale”, non può farsi rientrare nell'ambito della semplice gestione. La competenza ministeriale si giustifica, perciò, in relazione alla natura programmatica del provvedimento di concessione, da adottarsi “in relazione all'interesse generale connesso alla prestazione di servizi pubblici nell'aeroporto”. Tale provvedimento si configura, peraltro, come atto complesso in quanto, essendo adottato “di concerto”, presuppone la convergenza della volontà di più autorità ministeriali. Ne consegue la riferibilità delle considerazioni che precedono, dalle quali il Collegio non ritiene di doversi discostare, anche al segmento di competenza del Ministero dell'economia e delle finanze, coinvolto nel procedimento quale autorità concertata. È necessario, perciò, che la fase procedimentale rimessa alla competenza*

¹⁴ Consiglio di Stato, Sez. III, sentenza 3 marzo 2015 n. 1050; Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 28 febbraio 2022 n. 1395.

*del dicastero economico sia definita con un atto che esprime direttamente la volontà dell'organo di governo, non surrogabile, anche per la mancanza di una delega espressa, da determinazioni dirigenziali*¹⁵.

Sussiste pertanto l'obbligo di provvedere di cui all'art. 2 della legge n. 241 del 1990 in capo alle Amministrazioni coinvolte nel procedimento di che trattasi, anche tenuto che, in base ad uno specifico indirizzo giurisprudenziale, il meccanismo del silenzio-assenso, delineato dall'art. 20 della legge n. 241 del 1990, non è applicabile al rilascio delle concessioni demaniali. Ed infatti, essendo la concessione *“atto di natura discrezionale per il cui rilascio la pubblica amministrazione deve valutare l'esistenza di un interesse pubblico all'uso in godimento esclusivo al privato di un bene demaniale nella prospettiva della fruizione da parte della collettività...la ponderazione della convergenza dell'interesse privato con quello pubblico non può derivare da una forma di silenzio significativo ma richiede un provvedimento espresso che motivi sul punto”*¹⁶. Anche il Consiglio di Stato ha chiarito che *“nonostante l'ampliamento della portata del silenzio assenso conseguente alla novella, intervenuta nel 2005, dell'art. 20 della legge n. 241 del 1990, l'ambito suo proprio sia quello dei provvedimenti autorizzatori (non vincolati, in quanto altrimenti si verterebbe piuttosto nel campo della S.C.I.A.), come risulta confermato dall'elenco dei casi di silenzio assenso ora previsti dal d.lgs. n. 222 del 2016, testo legislativo peraltro ricognitivo dell'assetto preesistente. Emerge, a titolo esemplificativo, dall'allegato al d.lgs. n. 222 del 2016, per quanto rileva in questa sede, che, con riguardo agli stabilimenti balneari, l'avvio è sottoposto a S.C.I.A. unica previa concessione demaniale, ciò confermando che la concessione demaniale non rientra nell'ambito di operatività del silenzio assenso”*¹⁷.

4. La necessità di semplificare il percorso dell'adozione del Decreto Interministeriale in presenza di un atto amministrativo adottato da ENAC

La sentenza oggetto della presente nota è esemplificativa in merito alla difficoltà della pubblica amministrazione di garantire l'adozione di provvedimenti in tempi certi in particolar modo quando sono coinvolte più amministrazioni. Nel caso di specie, infatti, nonostante siano decorsi più di 24 anni dalla presentazione dell'istanza di concessione totale da parte della SEAM, le Amministrazioni interessate (MIT e MEF) sono ancora inerti e non hanno ancora reso la loro determinazione definitiva.

Sia consentito ricostruire brevemente l'iter per l'ottenimento della concessione totale. Innanzi tutto, il Gestore Aeroportuale presenta apposita istanza, corredata della documentazione necessaria, ad ENAC. Successivamente, l'ENAC provvede ad effettuare la necessaria istruttoria verificando sia l'organizzazione che la capacità economica finanziaria della società necessarie allo svolgimento del ruolo di gestore aeroportuale dell'aeroporto interessato. In seguito, superata positivamente l'istruttoria, l'ENAC ed il Gestore, sulla base di un modello approvato dal MIT, sottoscrivono la convenzione di gestione totale. Infine, la convenzione di gestione totale viene trasmessa ai Ministeri per l'adozione del decreto interministeriale di concessione totale.

La realtà dei fatti, ed il caso di specie ne è la massima esemplificazione, è che tra la sottoscrizione della convenzione e l'adozione del decreto interministeriale possono passare molti anni con notevoli problematiche applicative: in *primis* quella relativa ai

¹⁵ Tar Liguria, Sez. II, sentenza 28 novembre 2013 n. 1465.

¹⁶ Tar Emilia-Romagna, Sez. I, sentenza 12 ottobre 2018 n. 758.

¹⁷ Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza 4 gennaio 2018 n. 52.

rapporti giuridici nascenti dalla sottoscrizione della convenzione nelle more dell'adozione del decreto, in *secundis* quello relativo alla decorrenza degli effetti della convenzione a seguito dell'adozione del decreto: efficacia *ex nunc* o *ex tunc*.

5. I precedenti giurisprudenziali

Appare utile qui di seguito richiamare, a mero titolo esemplificativo, casi analoghi rispetto a quello di SEAM e che sono stati decisi con sentenze analoghe rispetto quella oggetto della presente nota.

Nel caso SASE/Aeroporto di Perugia¹⁸, la SASE aveva richiesto il rilascio della concessione totale in data 14 ottobre 1998, ENAC, dopo una lunga istruttoria, addiveniva alla stipula della Convenzione con SASE in data 22 novembre 2009. Nonostante la sottoscrizione della Convenzione nel 2013 ancora non si era provveduto all'adozione del decreto interministeriale di Concessione totale. Anche in questo caso il procedimento si è concluso con l'imposizione ai Ministeri di adottare un provvedimento espresso rispetto l'istanza di rilascio di concessione.

Sia consentito evidenziare alcuni passaggi della sentenza in cui si sottolinea la natura giuridica del decreto interministeriale di concessione: *“il (richiesto) provvedimento di affidamento della gestione aeroportuale non è emanato nell'esercizio del potere politico, ma sulla base di un'attività meramente amministrativa. [...] la concessione aeroportuale è rilasciata in favore di un soggetto privato sulla base di una verifica della sussistenza di un interesse pubblico collegato all'idoneità del soggetto a garantire la sicurezza del trasporto aereo nello scalo di interesse [...]”*.

Infine, la sentenza si sofferma, anche se in maniera poco approfondita, sul rapporto tra l'istruttoria dell'ENAC e quella dei Ministeri: *“L'accoglimento del ricorso è nei limiti dell'accertamento dell'obbligo dei Ministeri intimati di concludere il procedimento mediante adozione del provvedimento finale sull'istanza di affidamento della gestione aeroportuale, mentre è preclusa, ai sensi dell'art. 31, comma 3, del cod. proc. amm., una pronuncia sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio, residuando, in capo all'Amministrazione, margini di esercizio della discrezionalità rispetto alle risultanze dell'istruttoria eseguita dall'E.N.A.C. [...]”*.

Secondo il TAR Perugia, pertanto, vi sarebbero margini di discrezionalità dei Ministeri rispetto l'istruttoria dell'ENAC.

Anche nel caso GEAC/Aeroporto di Cuneo¹⁹ i Ministeri interessati sono stati condannati ad assumere un provvedimento espresso rispetto l'istanza di concessione totale presentata molti anni prima. Nel caso di specie, il TAR Piemonte ha adottato una misura cautelare evidenziando un danno grave ed irreparabile, correlato all'impossibilità di conseguire la concessione della gestione totale dell'aeroporto (pur di fatto operando in tale veste in forza dell'anticipata consegna del bene demaniale) ed invitando i Ministeri a pronunciarsi tenendo conto della istruttoria portata a conclusione dall'ENAC.

Nel caso A.S.T. Aeroservizi/Aeroporto di Lampedusa²⁰, a fronte della sottoscrizione della Convenzione tra ENAC e A.S.T. Aeroservizi relativamente alla gestione totale dell'aeroporto di Lampedusa, avvenuta in data 11 febbraio 2015, a seguito di una regolare procedura di selezione ad evidenza pubblica, alla data di presentazione del

¹⁸ TAR Umbria, sentenza 19 novembre 2013 n. 530.

¹⁹ TAR Piemonte, ordinanza 5 aprile 2013 n. 414.

²⁰ TAR Sicilia, Palermo, sentenza breve 3 luglio 2018 n. 1536.

ricorso i Ministeri competenti non avevano ancora adottato il decreto interministeriale di concessione.

Ancora una volta la Giustizia Amministrativa evidenzia l'illegittimità del silenzio serbato dal Ministero delle Finanze rispetto al mancato rilascio del decreto interministeriale di concessione totale. Bisogna sottolineare, però, che il Collegio, utilizzando il procedimento per il silenzio, abbia perso l'occasione per fare chiarezza in merito ai rapporti ed alle problematiche sopra evidenziate in considerazione del fatto che nel procedimento il ricorrente aveva chiesto la condanna di ENAC al risarcimento, in via autonoma, di tutti i danni patiti dalla a causa dell'autorizzata esecuzione anticipata del contratto, anche ai sensi e per gli effetti dell'art. 11, commi 9 e 12, del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. nonché per l'inosservanza dei termini di conclusione del procedimento amministrativo.

La decisione del TAR, pur rinviando in altra sede lo scrutinio relativo alla richiesta di risarcimento dei danni, evidenzia che *“il decreto interministeriale – atto complesso – possa farsi rientrare nell’ambito della semplice gestione atteso che la competenza ministeriale si giustifica in relazione alla natura programmatica del provvedimento di concessione, da adottarsi in relazione all’interesse generale connesso alla prestazione di servizi pubblici nell’aeroporto. La “controfirma” del decreto di concessione della gestione totale da parte del Ministro dell’economia e delle finanze costituisce, pertanto, frutto dell’esercizio di un potere discrezionale²¹ da esercitarsi in coerenza con le specifiche attribuzioni e competenze che spettano a tale organo. È necessario, perciò, che la fase procedimentale rimessa alla competenza di ciascun dicastero coinvolto, sia definita con un atto che esprime direttamente la volontà dell’organo di governo, non surrogabile, anche per la mancanza di una delega espressa, da determinazioni dirigenziali. Limitatamente alla declaratoria di illegittimità del silenzio, la pretesa appare quindi fondata, poiché la mancata adozione delle determinazioni di competenza, in maggior parte ascrivibile al Ministro dell’Economia e delle Finanze, ha determinato un ingiustificato arresto procedimentale. Accertata la natura discrezionale del potere, il sindacato giurisdizionale deve conseguentemente limitarsi alla declaratoria dell’obbligo di provvedere, in senso positivo o negativo, sulla procedura di affidamento in concessione, ex art. 704 cod. nav., dell’aeroporto di Lampedusa”*. Tale ricostruzione veniva, peraltro, riconfermata dal medesimo TAR²² nel valutare la richiesta di risarcimento danni: *“il procedimento di rilascio di una concessione aeroportuale è un procedimento complesso che richiede valutazioni ed accertamenti tecnici da parte delle diverse strutture dei predetti Ministeri e che riserva l’adozione del provvedimento conclusivo a due Ministri (il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti, autorità concertante, con competenza primaria in materia, e il Ministro dell’Economia e delle Finanze, autorità concertata). La competenza dei due Ministeri nei procedimenti di affidamento in concessione delle gestioni aeroportuali ha, infatti, la valenza di un’autonoma attività di valutazione di profili diversi da quelli strettamente tecnici connessi alle competenze dell’ENAC, ed è esercitata in coerenza con le specifiche attribuzioni proprie dei medesimi Ministeri.*

²¹ TAR Lazio, Roma, sentenza 21 dicembre 2012 n. 10748.

²² TAR Sicilia, Palermo, sentenza 10 ottobre 2023 n. 3019.

6. Riflessioni (critiche) conclusive

Sia consentito effettuare alcune considerazioni in merito alle valutazioni della Giustizia Amministrativa ed in particolare sulla discrezionalità riconosciuta ai Ministeri rispetto l'adozione del Decreto Interministeriale di Concessione anche alla luce della *ratio* che ha determinato la nascita dell'Ente Nazionale dell'Aviazione Civile.

Secondo il TAR, il Decreto Interministeriale sarebbe l'espressione alla natura programmatica del provvedimento di concessione e, pertanto riconducibile alla discrezionalità dei Ministeri, nonché di una autonoma attività dei Ministeri di valutazione di profili diversi da quelli strettamente tecnici connessi alle competenze dell'ENAC.

Nel decidere, evidentemente, il TAR non ha tenuto in considerazione l'effettiva modalità attraverso la quale i Ministeri esercitano la propria attività programmatica in materia di concessioni.

Come noto, infatti, l'attività programmatica in materia di concessioni aeroportuali viene esercitata dallo Stato Italiano attraverso l'adozione del Piano Nazionale degli Aeroporti (PNA). Il PNA è, infatti, un documento di indirizzo politico e tecnico di sviluppo del trasporto aereo e del sistema aeroportuale in grado di potenziare la competitività del sistema economico nazionale, soddisfare la domanda di mobilità di persone e merci, realizzare la transizione ecologica e digitale del settore, aumentare l'accessibilità alle reti di trasporto di tutti i territori, riducendo le attuali disuguaglianze.

Il Piano Nazionale degli Aeroporti vigente²³ è stato approvato come allegato al D.P.R. 17 settembre 2015 n. 201 in esito ad una lunga procedura iniziata nel 2011 con lo Studio predisposto dall'ENAC e, pertanto, al momento dell'inizio del contenzioso il Piano era pienamente vigente.

Il Piano provvedeva ad ottimizzare l'offerta trasportistica nazionale nel settore aereo, in connessione con le altre modalità di trasporto e di individuare le priorità infrastrutturali su cui concentrare gli investimenti, ai fini di una migliore allocazione delle risorse allora disponibili, nonché di delineare gli interventi di razionalizzazione dei servizi di navigazione aerea e degli altri servizi resi in ambito aeroportuale. Nella formulazione del Piano, il MIT, proprio in attuazione del suo potere di programmazione, ha determinato una configurazione dei bacini diversa rispetto allo Studio ENAC, suddividendo il territorio nazionale in 10 bacini di traffico omogenei e all'interno di questi sono stati definiti i 38 aeroporti "di interesse nazionale" elencati dal DPR; tali scali sono tutti rispondenti alle condizioni e ai requisiti descritti nel dettaglio dal PNA e, tra questi, 12 sono stati definiti "strategici" (con Fiumicino, Malpensa e Venezia riconosciuti quali Gate Intercontinentali).

Ma vi è di più. Il testo della convenzione "tipo", nonché le modalità di espletamento dell'istruttoria sono state approvate con apposita Circolare Ministeriale²⁴ e più volte

²³ Attualmente il Piano è in corso di revisione. L'ENAC ha presentato, in data 19 ottobre 2022, la bozza del nuovo Piano Nazionale Aeroporti (PNA) al Ministero dei Trasporti. La bozza di Piano disegna 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). Sul nuovo PNA si veda F. GASPARI, *La revisione del Piano Nazionale degli Aeroporti e il nuovo paradigma regolatorio proposto dall'ENAC*, in *Dir. pol. traspr.*, n. 2, 2022, p. 110 ss.

²⁴ Circolare 16 ottobre 1998 n. 1377, recante *Circolare ai sensi dell'art. 17 del regolamento recante norme di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 10, comma 13, della legge 24 dicembre 1993, n. 537, con cui è stata disposta la costituzione di società di capitale per la gestione dei servizi e infrastrutture*

aggiornate. Di conseguenza anche su questo punto la funzione di programmazione e di vigilanza ministeriale sembrerebbe esaurirsi con l'approvazione del modello tipo di convenzione nonché la relativa procedura di adozione cui ENAC dovrà attenersi nell'effettuare l'istruttoria necessaria.

Come noto, inoltre, negli ultimi anni si sono susseguiti tutta una serie di provvedimenti normativi volti a garantire tempi certi e procedure snelle per adottare i provvedimenti amministrativi. In particolare l'“Agenda per la semplificazione 2020-2026, approvata in Conferenza Unificata l'11 maggio 2022, prevede una serie di azioni di semplificazione condivise tra i vari livelli di Governo nell'ottica di superare i c.d. “colli di bottiglia” con il progressivo azzeramento delle complicazioni burocratiche. In particolare l'Agenda si propone di 1) eliminare i vincoli burocratici alla ripresa; 2) ridurre i tempi e i costi delle procedure per le attività di impresa e per i cittadini. Dal punto di vista del metodo e dei contenuti, il tratto distintivo delle attività attuative dell'Agenda è la massima valorizzazione del lavoro, essenziale, di concertazione e coordinamento tra i diversi livelli istituzionali.

Si ricorda che anche la costituzione dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile è stata decisa sulla base della necessità di fornire risposte il più celeri possibili alle esigenze di sicurezza (nella duplice accezione di *safety* e *security*) del trasporto aereo²⁵. La necessità di accentrare in unico soggetto dotandolo della necessaria autonomia per dare piena attuazione alla riforma delle concessioni aeroportuali avviata con la legge 537/1993 era già stata evidenziata dalla Corte dei Conti nella prima relazione sulla gestione dell'ENAC.²⁶

In tale ottica appare, pertanto, evidente che l'attività dei Ministeri nell'adozione del decreto interministeriale, al fine di garantire il buon andamento della amministrazione²⁷ ed evitare inutili duplicazioni, dovrebbe limitarsi alla verifica del rispetto della procedura approvata nonché della coerenza con il piano nazionale aeroporti senza ulteriori verifiche tecniche su quanto già verificato da ENAC, rendendo di fatto, in presenza di una istruttoria positiva di ENAC, un atto vincolato a basso indice di discrezionalità²⁸. Sul punto esistono precedenti relativi alle concessioni affidate a

degli aeroporti gestiti anche in parte dallo Stato (decreto ministeriale 12 novembre 1997, n. 521, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana del 9 aprile 1998, n. 83) (GU Serie Generale n. 253 del 29.10.1998 - Suppl. Ordinario n. 182).

²⁵ Il comma 49 dell'art. 2 della legge 28 dicembre 1995 n. 549 ha espressamente previsto che “*Nell'emanazione dei decreti legislativi di cui al comma 48, il Governo dovrà provvedere all'istituzione di un'unica struttura, sottoposta nelle sue funzioni all'indirizzo e al controllo del Ministro dei trasporti e della navigazione, al fine di una più efficiente prestazione dei servizi, anche in attuazione dei principi e delle normative dell'Unione europea e degli accordi internazionali in materia, procedendo alle eventuali modifiche del codice della navigazione conseguenti alla suddetta riorganizzazione*”.

²⁶ Atti parlamentari, XIII legislatura, Camera dei Deputati, doc. XV, n. 318: Relazione della Corte dei Conti al Parlamento sulla gestione finanziaria dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile (ENAC) in https://leg13.camera.it/_dati/leg13/lavori/documentiparlamentari/indiceceti/xv/318/INTERO.pdf.

²⁷ M. R. SPASIANO, *Il principio di buon andamento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., p. 121 ss.

²⁸ Sul punto cfr. N. AICARDI, *Disciplina e contenuti della concessione alla società per azioni «ENEL»*, in *Dir. amm.*, fasc.1, 1995, p. 75, dove si evidenzia, relativamente alla concessione ad ENAL S.p.A. che “*L'atto, come si è visto, è di competenza del Ministero dell'industria e ad esso potrà accedere un disciplinare o una convenzione bilaterale per determinare diritti ed obblighi dell'amministrazione concedente e del concessionario. L'atto risulta in gran parte vincolato. Di nessuna discrezionalità dispone infatti l'amministrazione intorno all'individuazione del concessionario ed al contenuto minimo (necessario) della concessione, dato che entrambe queste scelte sono già state compiute dal legislatore nell'art. 14, comma 1° del d. l. n. 333, più volte richiamato*”.

società partecipate dallo stato in cui è stato chiaramente affermato che dove la norma indica tutti gli elementi necessari per procedere alla concessione il provvedimento Ministeriale è sostanzialmente vincolato nei tratti essenziali del provvedimento²⁹. Fra l'altro non vi è dubbio che un "eccesso di istruttoria"³⁰ potrebbe esporre le amministrazioni concedenti a richieste di risarcimento danni come, peraltro, è stato ventilato nel ricorso introduttivo da cui è scaturita la sentenza oggetto della presente nota.

Dal punto di vista procedurale, nell'ottica di garantire tempi certi nel rilascio delle concessioni di gestione aeroportuale, si potrebbe, pertanto, valutare di convocare una conferenza di servizi durante la quale presentare gli esiti dell'istruttoria svolta da ENAC e alla cui conclusione adottare un provvedimento unico di concessione con allegata la convenzione.

²⁹ Di "carattere sostanzialmente vincolato nei tratti essenziali" del provvedimento concessorio e di contenuto della concessione "definito per relationem ai compiti dei quali l'ente pubblico poi trasformato era istituzionalmente titolare" parla anche – sempre con riguardo alla concessione del servizio ferroviario alle Ferrovie dello Stato s.p.a. – Consiglio di Stato, Ad. Gen., 1 ottobre 1993 n. 95, partic. § I-1. Negli stessi termini, in dottrina, si veda G. ROSSI, *L'evoluzione del sistema elettrico nazionalizzato*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 1993; G.G. GENTILE, *La riforma del settore elettrico: continuità e discontinuità dell'intervento pubblico*, in *Rass. giur. en. elettr.*, 2-3, 1999.

³⁰ R. ROTIGLIANO, *Profili risarcitori dell'omesso o ritardato esercizio della funzione pubblica*. in *Dir. proc. amm.*, fasc. 3, 2007, p. 747.

Casi e questioni

La sindrome da dipendenza da lavoro in epoca COVID nel settore ferroviario

Antonio Domenico Brasca¹, Pierluigi Gervasi², Attilio Marchese³

^{1,3}Università Telematica Guglielmo Marconi - Roma

²Università Magna Grecia - Catanzaro

1. Introduzione

Si sono voluti valutare gli effetti delle modifiche sui ritmi di lavoro e sui ritmi sonno-veglia imposti dalle restrizioni dovute alla pandemia di COVID-19 di recente insorgenza, con sviluppo di sindromi da dipendenza da lavoro, in particolare nel settore dei trasporti e delle ferrovie, cui non sono consentite pause o interruzioni.

2. Materiali e metodi

Si è voluto procedere ad una revisione della letteratura nel merito della sindrome da dipendenza da lavoro, inserendone i risultati nel contesto del disagio sul piano sociale e lavorativo imposto dal periodo pandemico, particolarmente sentito in quei settori strategici, come quello dei trasporti ferroviari, che sono sempre stati attivi durante la pandemia.

3. Risultati

Dall'analisi della letteratura consultata, emerge come, accanto alle dipendenze dalle sostanze psicoattive, si raggruppano sotto il termine di dipendenze comportamentali tutte quelle condotte che, per ripetizione compulsiva fuori controllo da parte dell'individuo, possono essere all'origine di conseguenze negative sia psicologiche che fisiche e socio-relazionali. La dipendenza da lavoro fa parte di queste dipendenze che non derivano dall'assunzione di sostanze, e viene più spesso definita con il termine anglosassone "workaholism", neologismo creato dalla fusione dei termini "work" e "alcoholism" ad opera di W. Oates nel 1971 (W. OATES, *Confessions of a workaholic: the facts about work addiction*. New York, 1971). In un'epoca in cui la società tende a privilegiare l'utilizzo del tempo per soddisfare le attività ludico-ricreative e la maggior parte degli individui sono alla ricerca di un nuovo e più favorevole rapporto tra il tempo libero e il lavoro (settimana lavorativa di massimo 5 giorni, orario di lavoro ridotto a 5-6 ore, uscita anticipata dal mondo del lavoro, ecc.) gli individui che presentano una dipendenza dal lavoro si distinguono nettamente dalle masse. Contrariamente ad altre forme di dipendenza, quella da lavoro potrebbe a prima vista offrire un'immagine positiva di chi ne è affetto, identificato come un individuo caratterizzato da volontà ferrea, motivazione profonda, profondo impegno in una attività lavorativa altamente qualificante e valorizzante, riuscita sociale. Si può ritenere che generalmente al centro di

questa eccessiva dedizione al lavoro ci sia un senso di profonda autostima a carattere patologico. Tale condizione è stata sottoposta in letteratura a diverse definizioni, variabili in base ai modelli teorici utilizzati (A.J. SCHEEN, *Workaholism: la dépendance au travail, une autre forme d'addiction*. 372 *Rev. med. Liège*, Vol. 68, n. 5-6, 2013, p. 371-37; J.T. SPENCE, A.S. ROBBINS, *Workaholism: definition, measurement, and preliminary results*, *J Pers Assess*, 58, 1992, p. 160-178; B. ROBINSON, *Chained to the desk: a guidebook for workaholics, their partners and children and the clinician who treat them*. New York, 1998), ma più generalmente la dipendenza da lavoro può essere definita come una dedizione eccessiva nella propria attività professionale accompagnata da una irragionevole presenza sul luogo di lavoro e dalla ricerca frenetica di maggiori prestazioni e produttività; il tutto con la conseguenza di un drammatico disinteresse nei confronti delle altre attività quotidiane e della sfera affettiva, con ripercussioni fisiche e psicologiche che possono culminare nello stato di gravissimo esaurimento professionale anche definito con il termine anglosassone di “burnout” (I. HARPAZ, R. SNIR, *Workaholism: its definition and nature*. *Human Relations*, 56, 2003, p. 292-320). Non sempre risulta agevole determinare se un individuo soffre di “dipendenza dal lavoro” od è semplicemente un “grande lavoratore” (I. VAN BEEK, T.W. TARIS, W.B. SCHAUFELI, *Workaholic and work engaged employees: dead ringers or worlds apart?*, in *J Occup Health Psychol*, 16, 2011, p. 468-482). Nell’ambito della Medicina del Lavoro i cardini della diagnosi di dipendenza dal lavoro sono rappresentati da tre caratteristiche fondamentali:

- il soggetto “workaholic” lavora in maniera abnorme, consacrando la maggior parte del suo tempo e delle sue energie alla propria attività professionale;
- la sua abnorme dedizione al lavoro non è secondaria ad un sentimento di stima ed obbligazione nei confronti dei propri superiori, nè a delle esigenze di carattere economico, ma ad una forte ed irresistibile motivazione interiore;
- non vi è alcun piacere nel proprio surplus di lavoro, di cui è praticamente prigioniero, diventando un vero e proprio “schiavo del lavoro”.

Sul piano evolutivo si possono descrivere tre diversi stadi della patologia. Il primo stadio, quello dell’installazione progressiva ed insidiosa, consiste in un allungamento progressivo del tempo dedicato al lavoro, oltre agli orari abituali (sul luogo di lavoro o al proprio domicilio) associato a una reticenza ingravescente ad utilizzare periodi di ferie o congedi. La seconda fase corrisponde ad un accrescimento progressivo e sproporzionato della propria capacità produttiva, sia sul luogo di lavoro che una volta giunto al proprio domicilio, con il verificarsi dei primi segni negativi sulla propria sfera psicosociale e la comparsa di stress, disturbi del sonno, stanchezza cronica, disinteresse per la vita familiare, progressivo distacco da tutte le attività non lavorative e ludiche, isolamento sociale, ecc. La terza fase corrisponde al deterioramento globale dell’individuo, sociale e individuale, con ripercussioni sia fisiche che psicologiche (mal di testa, disturbi cardiovascolari, disturbi gastrointestinali, alterazioni del ritmo sonno-veglia, stati ansioso-depressivi, sentimento di disistima, ecc.), in definitiva, una vera e propria condizione di esaurimento psico-fisico spesso definita con il termine anglosassone “burnout” (F. LIMOSIN, *L’addiction au travail*. *La lettre du Psychiatre*, 4, 2008, p. 140-143).

Si possono inoltre distinguere diverse tipologie da dipendenza dal lavoro, ognuna con delle proprie peculiarità (I. HARPAZ, R. SNIR, *Workaholism: its definition and nature*. *Human Relations*, 56, 2003, p. 292-320), fermo restando che il workaholism più che una precisa entità nosologica patologia deve essere considerato come una sindrome

camaleontica composta da sintomi molto variegati ed intrecciati tra di loro (S. AZIZ, M.J. ZICKAR, *A cluster analysis investigation of workaholism as a syndrome*, in *J Occup Health Psychol*, 11, 2006, p. 52-62). Diverse tipologie di dipendenza dal lavoro sono descritte in letteratura, tra cui si possono citare quelle di Oates, di Robinson e di Spence e Robbins. Tra queste la descrizione più dettagliata risulta essere quella di Spence e Robbins, secondo i quali l'analisi della dipendenza da lavoro deve prevedere lo studio di tre componenti essenziali: un eccessivo coinvolgimento su base volontaria nel proprio lavoro, la presenza di pressioni dall'esterno per ottenere un eccessivo carico di lavoro, il livello di soddisfazione e di piacere ottenuti dall'eccessivo carico di lavoro (Y. LOSCALZO, M. GIANNINI, *Workaholism: What's new?*, Counseling, vol. 8, 2015). Quest'ultimo elemento assume un'importanza valutazione in ambito clinico, in quanto maggiore è il grado di soddisfazione e di piacere ottenuti dall'eccessivo carico di lavoro, meno sintomi psicologici e/o fisici si manifesteranno nel lavoratore (R.J. BURKE, *Workaholism, self-esteem, and motives for money*, in *Psychol Rep*, 94, 2004, p. 457-463; J. ELWE, *Boulomanie: entre illusion et addiction*, Encéphale, 36, 2010, p. 285-293). I dati epidemiologici sulla prevalenza della dipendenza sul lavoro sono relativamente limitati nella letteratura internazionale. Secondo studi condotti negli Stati Uniti, dal 25 al 30% degli americani è "dipendente dal lavoro". Questi risultati sono stati confermati in un'altra indagine condotta in aziende americane e canadesi, con una prevalenza stimata della dipendenza dal lavoro del 23%. Tuttavia, i risultati ottenuti in tali studi sarebbero fortemente dipendenti dalla definizione utilizzata per effettuare la diagnosi di "workaholic", dalla tipologia del campione di popolazione studiata e dalle metodologie utilizzate per l'indagine. Sembrerebbe inoltre che la dipendenza dal lavoro sia osservata più frequentemente tra i lavoratori dipendenti, che la sua incidenza sia più elevata nei lavoratori del settore privato rispetto a quelli del settore pubblico e che non sia stata dimostrata una percentuale sostanzialmente diverse tra i due sessi.

4. Discussione

Non è sempre agevole la distinzione tra un c.d. "grande lavoratore" e un "workaholista". In linea di massima il grande lavoratore può lavorare più di quanto ragionevolmente gli viene richiesto, pur rimanendo in grado di fermarsi quando il suo obiettivo professionale viene raggiunto, in quanto vuole beneficiare serenamente del proprio tempo libero, con il raggiungimento ed il mantenimento di una buona qualità della vita. Al contrario il workaholista non è mai soddisfatto del lavoro eseguito e non sa apprezzare il fatto di avere del tempo libero da dedicare ad altri interessi, così come il poter godere di giornate o periodi di ferie o di vacanza: tutta la sua vita di fatto ruota attorno al lavoro, che occupa tutti i suoi spazi personali. Il tutto lo porta ad una qualità di vita e ad un livello di benessere assolutamente scarsi ed insufficienti (L. KARILA, K. LIOT, M. REYNAUD, *Le travail: une addiction potentielle ?*, in *Rev. med. Liège*, 65, 2010, p. 71-77).

Nel merito delle tecniche diagnostiche sono stati sviluppati vari strumenti psicometrici per cercare di rilevare e quantificare le condizioni di dipendenza dal lavoro. Tra quelli più utilizzati e consolidati in passato si citano i due questionari "Work Addiction Risk Test" e "Workaholism Battery" (S. Aziz, M.J. ZICKAR, *A cluster analysis investigation of workaholism as a syndrome*, in *J Occup Health Psychol*, 11, 2006, p. 52-62). Successivamente sono stati sviluppati altri questionari, tra cui la "Bergen Work Addiction Scale" (S. TRIPI, G. MATTEI, *COVID-19 e Pubblica Amministrazione: implicazioni dello smart working per il management e per la salute mentale dei*

lavoratori, Ed. Dipartimento di Economia Marco Biagi - Università di Modena e Reggio Emilia, 05/2020), il “Work Craving Scale” e il “Workaholism Analysis Questionnaire” (A. STAHL, *Millennials: The Most Unhealthy Generation at Work*. 2019 Forbes (Online), consultabile alla pagina seguente web: <https://www.forbes.com/sites/ashleystahl/2020/12/30/millennials-the-most-unhealthy-generation-at-work/?sh=70be717d7b12> (accessed on 21 April).

Questi questionari di autovalutazione sono utilissimi strumenti di screening che possono essere utili nella pratica clinica, in quanto il soggetto sottoposto al test può più facilmente prendere coscienza del suo disturbo comportamentale (passo iniziale critico nell'evoluzione verso la guarigione), mentre il medico può identificare con maggior precisione la gravità della dipendenza ed impostare e provvedimento clinico-terapeutici del caso. Diversi modelli teorici esplicativi sono stati proposti in letteratura, tra cui il modello di dipendenza (“fenomeno ricompensa”), il modello di apprendimento (“condizionamento operativo”) e il modello di personalità (“comportamento favorito da un insieme di tratti innati nell’individuo o acquisiti nel corso delle prime esperienze di vita”). Tuttavia, questi modelli utilizzati per la dipendenza dal lavoro non hanno un assoluto carattere scientifico, ma sono in realtà da considerare solo come delle ipotesi di partenza da adattare in modi diversi a seconda della persona considerata. I tre modelli proposti concordano comunque nel definire come questo disturbo comportamentale duri generalmente nel tempo, ma divergono nel merito delle cause della sua insorgenza e nel merito delle possibilità di risposta ai provvedimenti terapeutici. In ogni caso, i diversi punti di vista teorici, dal modello psicoanalitico ai modelli più contemporanei, pongono la questione dell'autostima (narcisismo) al centro del problema della dipendenza sul lavoro. Alcuni soggetti sono più predisposti allo sviluppo della dipendenza, ed in linea di possiamo individuare fattori di rischio legati alla personalità, alla professione e all’ambiente. Esistono vari tipi di fattori di rischio che promuovono lo sviluppo di una dipendenza dal lavoro in un determinato individuo. In generale, possono essere raggruppati in fattori relativi alla personalità, alla professione o all'ambiente⁷. I soggetti affetti da una dipendenza dal lavoro hanno molto spesso una bassa autostima con necessità di andare alla ricerca di riconoscimento e di successo, una vera e propria personalità di tipo narcisistico; si possono inoltre trovare personalità ossessive e perfezioniste, che danno abnorme importanza all’ambizione sociale ed agli investimenti professionali, con una ingenerata paura dell'inattività (impressione della fuga del tempo, reazioni di impazienza, ecc.) ed una grande vulnerabilità nei confronti di un eventuale. Il tutto a generare uno stato di tensione permanente. Le posizioni di responsabilità sono generalmente associate ad un incremento del rischio, per le caratteristiche di poter offrire una maggior stimolazione e la possibilità di affrontare sfide professionali. Anche l’ambiente extralavorativo può avere un ruolo significativo nello sviluppo della dipendenza, in quanto i disturbi emotivo-relazionali, sia in ambito familiare che extrafamiliare, sono riconoscibili come fattori predisponenti alla dipendenza. In questi casi il rifugiarsi nel proprio ambito lavorativo viene a rappresentare, in un certo senso, una strategia adattativa, più o meno consapevole, per fuggire da un ambiente considerato ostile e che causa insoddisfazione e stress psicologico. Questo aspetto non potrà non essere preso in considerazione durante l’approccio clinico-diagnostico, in quanto il suo mancato riconoscimento potrà ostacolare le possibilità terapeutiche. Il trattamento della dipendenza sul lavoro si basa essenzialmente su un approccio cognitivo-comportamentale, ma in primis il soggetto deve prendere coscienza del suo disturbo comportamentale ed accettare di essere trattato, in quanto molto spesso il

soggetto tende a negare la propria patologia, specialmente quando sono presenti delle oggettive difficoltà socio-relazionali o familiari che portano ad un comportamento di evitamento quale fonte di benefici secondari. L'approccio terapeutico potrà quindi prevedere gestione dello stress, psicoterapia, terapie familiari, gruppi di auto-aiuto, variamente adattati alle singole situazioni cliniche; solo una puntuale identificazione dei fattori che contribuiscono alla dipendenza potrà indicare le corrette strategie comportamentali per tornare ad un giusto equilibrio tra le attività professionali, extraprofessionali e ludiche, in sintesi ad una vita "normale".

Nello specifico della dipendenza da lavoro nell'epoca attuale e nel *millennial*, il lavoro agile (o smartworking) si è rivelato fondamentale soprattutto in questo periodo pandemico particolarmente anomalo. Il periodo di quarantena, oltre ad aver modificato le nostre vite, ha influito anche sulle pratiche lavorative; le aziende da un giorno all'altro si sono trovate a dover gestire l'emergenza COVID-19 adattandosi al cosiddetto "smart working". In un recente report sul lavoro agile nelle Pubbliche Amministrazioni italiane (S. TRIPI, G. MATTEI, *COVID-19 e Pubblica Amministrazione: implicazioni dello smart working per il management e per la salute mentale dei lavoratori*, Ed. Dipartimento di Economia Marco Biagi - Università di Modena e Reggio Emilia, 05/2020), durante il periodo COVID-19 gli autori hanno rilevato quanto il lavoro "intelligente" tendesse a diminuire lo spazio sia fisico sia psicologico tra vita privata e vita lavorativa, rendendo il lavoratore iperconnesso. Questo sicuramente ha portato ad effetti positivi in termini di mobilità, produttività e multitasking, ma parimenti ha portato ad effetti negativi legati all'aumento dello stress lavoro-correlato e di sindromi non facilmente rilevabili, come appunto quella della dipendenza da lavoro. Inoltre, non bisogna trascurare che il lavoratore viene privato di una parte di socialità fondamentale a cui prima era abituato e che automaticamente viene a perdersi con il lavoro agile. Si può pertanto affermare che la pandemia di COVID-19 ha spostato l'umanità verso un nuovo concetto di "normalità", con cambiamenti di tipo distruttivo nelle relazioni sociali, nelle economie e negli atteggiamenti nei confronti del lavoro e delle motivazioni. Ma, indipendentemente dalla attuale pandemia, già da diversi anni il dilatarsi del tempo dedicato al lavoro e l'assottigliarsi delle ore di libertà sono diventati temi sempre più critici, soprattutto per la generazione dei cosiddetti "*millennials*" (i nati nell'ultimo ventennio del XX secolo), cresciuta in un'epoca che ha visto l'egemonia della tecnologia e la costante presenza sui social network. Fattori che hanno determinato il delinearsi di uno scenario fortemente stressante e negativo, confermato da uno studio americano pubblicato su Forbes, secondo cui il 66% dei millennials ha ammesso di sentirsi patologicamente dipendente dal lavoro, dichiarando nel 63% dei casi di essere produttivo anche in malattia, nel 32% di lavorare addirittura in bagno e nel 70% di rimanere attivo nel weekend. E ancora, secondo un sondaggio pubblicato sul Washington Examiner, il 39% di loro sarebbe disposto a lavorare perfino in vacanza. In buona sintesi, questa generazione di lavoratori sembra avvezzata ad utilizzare in ogni momento di qualunque giornata ogni apparato tecnologico che permetta una connessione al loro mondo lavorativo, senza bisogno di spostarsi dal proprio ufficio e dalla propria casa, con un totale cambiamento della percezione del tempo rispetto alle generazioni precedenti. Vivono in simbiosi con i loro apparati tecnologici, che li accompagnano anche quando sono in bagno, si vestono, mangiano o sono malati, aumentando a dismisura le ore di lavoro a scapito degli spazi per la vita privata, i confini tra lavoro e vita privata non esistono più, in presenza dell'idea ossessiva che per avere successo si impone il dover lavorare sempre al massimo, se non al di sopra, di

ogni possibilità. Il tutto con molta più preoccupazione verso il futuro rispetto alla generazione precedente e nell'ansia costante di dover essere più bravi degli altri.

5. Conclusioni

Il mutamento delle condizioni di lavoro imposto dalla pandemia da COVID-19, più o meno intenzionalmente ha modificato profondamente per gran parte delle persone, anche per la diffusione del lavoro a distanza, la propria giornata lavorativa. Spesso questo ha significato la fine della tradizionale giornata lavorativa di 7-8 ore scandita da precisi orari e costanti cicli organizzativi. Tutto questo, con la necessità di essere costantemente connessi, ha anche agevolato, specialmente in soggetti predisposti, una cultura del superlavoro, con una disponibilità totale nei suoi confronti, fino a veri e propri quadri clinici di dipendenza. Il tutto a lasciare il posto ad una emergenza sociale che, se non affrontata, potrebbe portare ad un altro tipo di pandemia.

Casi e questioni

Il superamento del regime degli oneri di servizio pubblico attraverso una nuova versione dei contratti di co-marketing*

Marco Di Giugno

Direttore Analisi Giuridiche e Contenzioso presso ENAC, Professore a contratto di diritto della navigazione nell'Università degli Studi di Enna "Kore"

1. Il regime degli oneri di servizio pubblico per garantire la continuità territoriale

La continuità territoriale¹, intesa come capacità di garantire un servizio di trasporto che non penalizzi cittadini residenti in territori meno favoriti, si inserisce nel quadro più generale di garanzia dell'uguaglianza sostanziale dei cittadini e di coesione di natura economica e sociale, promosso in sede europea. Il trasporto, infatti, se da un lato, si configura come attività di tipo economico, dall'altro, come elemento essenziale del "diritto alla mobilità" previsto all'articolo 16 della Costituzione, costituisce un servizio di interesse economico generale e, quindi, tale da dover essere garantito a tutti i cittadini, indipendentemente dalla loro dislocazione geografica.

Poiché la peculiarità del mercato dei trasporti impedisce di fatto la realizzazione di un mercato concorrenziale effettivo, è stata necessaria un'azione di sostegno legittimata dalle istituzioni europee che hanno così consentito interventi nazionali, altrimenti inammissibili in quanto rientranti nella sfera degli aiuti di Stato².

* Sottoposto a referaggio.

¹ Sulla nozione di "continuità territoriale", vedi AA. VV., *Continuità territoriale e servizi di trasporto aereo*, Torino, 2002; M. CARDIA (a cura di), *La continuità territoriale nel trasporto aereo e l'insularità. L'esperienza sarda*, Cagliari, 2012; F. PELLEGRINO, E. VERMIGLIO (a cura di), *La continuità territoriale nel trasporto aereo con le isole del Mediterraneo*, Napoli, 2023.

² L'articolo 4 del regolamento prevede, infatti, che uno Stato membro possa, previa consultazione con gli altri Stati membri interessati e dopo aver informato la Commissione e i vettori operanti sulla rotta, imporre oneri di servizio pubblico riguardo ai servizi aerei di linea effettuati verso un aeroporto che serve una regione aerea periferica o in via di sviluppo all'interno del suo territorio o una rotta a bassa densità di traffico verso un qualsiasi aeroporto regionale nel suo territorio, qualora tale rotta sia considerata essenziale per lo sviluppo economico della regione in cui si trovi l'aeroporto stesso, nella misura necessaria a garantire che su tale rotta siano prestati adeguati servizi aerei di linea rispondenti a determinati criteri di continuità, regolarità, capacità e tariffazione cui i vettori aerei non si atterrebbero, se tenessero conto unicamente del loro interesse commerciale. Inoltre, qualora su tale rotta nessun vettore abbia istituito o si appresti ad istituire servizi aerei conformemente all'onere di servizio pubblico imposto su di essa, l'accesso può essere limitato dallo Stato membro ad un unico vettore aereo per un periodo non superiore a tre anni, previo appalto pubblico al quale possono partecipare tutti i vettori aerei comunitari.

2. Il regime degli oneri di servizio pubblico in Europa

In Europa la continuità territoriale nel trasporto aereo è disciplinata essenzialmente da regolamenti, come tali direttamente applicabili nell'ordinamento interno³. Invero già a partire dal regolamento n. 2408 del 1992, relativo all'accesso di vettori aerei comunitari nei collegamenti all'interno della Comunità Europea l'art. 4 di tale regolamento già precedeva la possibilità agli Stati Membri di individuare alcune rotte su cui imporre Oneri di servizio pubblico come avviene per larga parte del trasporto pubblico locale e per molte linee di navigazione di verso le isole. Sulla base della ponderazione di taluni elementi ritenuti determinanti: 1) interesse pubblico; 2) la possibilità, in particolare per le regioni insulari, di far ricorso ad altre forme di trasporto; 3) le tariffe aeree e le condizioni che possono essere offerte agli utenti; 4) gli effetti combinati dell'operare dei vettori presenti o intenzionati ad entrare nel mercato di riferimento.

Con l'imposizione di un OSP il vettore aereo comunitario è autorizzato a istituire servizi aerei di linea conformi a tutti i requisiti richiesti per l'assegnazione dell'onere di servizio pubblico, incluso il periodo di tempo durante il quale intende effettuare il servizio. È così lo Stato membro che, effettuata la ponderazione ex art.16, par. 1 e 4, del regolamento n. 1008/2008, deve informare la Commissione in merito alla propria intenzione di imporre oneri di servizio pubblico i quali, tuttavia, vanno declinati all'interno di un contratto che rispetti la legislazione e europea e l'equilibrio economico-finanziario del servizio aereo. Dal 1994 ben tredici Stati (Cipro, Croazia, Estonia, Finlandia, Francia, Grecia, Irlanda, Italia, Portogallo, Regno Unito, Repubblica ceca, Spagna e Svezia) hanno già attivato questo tipo di servizio.

Tra questi la Francia ha attivato più di ottanta tratte con onere di servizio pubblico, il Portogallo con tredici linee (tutte da e per le isole Azzorre e Madeira, tranne la Lisbona-Villa Real – Braganza che collega due città della terraferma), l'Irlanda con sette servizi (tutte le rotte domestiche tranne la Dublino – Shannon e la Dublino - Cork) e la Gran Bretagna con quindici tratte da e per le isole minori come le Orcadi, le Shetland e le Ebridi. La Germania con 5, la Svezia con 11 e la Spagna (13 tratte all'interno delle isole Canarie), completano il quadro dei paesi che applicano questo regime, oltre all'Italia.

Tale normativa deve essere integrata con le linee guida (2014/C 99/03), attualmente in corso di revisione, che illustrano gli orientamenti UE sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree per individuare le modalità attraverso quali incentivare legittimamente determinate rotte aeree⁴.

3. Il regime degli oneri di servizio pubblico in Italia

L'ordinamento giuridico italiano ha previsto specifiche misure volte a ridurre gli effetti negativi derivanti dallo svantaggio territoriale⁵. In particolare, sono state emanate disposizioni volte ad assicurare il servizio di trasporto anche in talune tratte non remunerative, perché scarsamente frequentate o perché caratterizzate da frequenza

³ Sul tema, si veda F. PELLEGRINO, *La continuità territoriale nell'Unione europea tra diritto alla mobilità sostenibile e coesione territoriale*, in *Scritti in onore di Gaetano Silvestri*, II, Torino, 2016, p. 1742.

⁴ Sul punto si veda l'esaustivo contributo di P. FOIS, *Il principio della continuità territoriale nel trasporto aereo e l'ordinamento comunitario*, in *Dir. trasp.*, 2000, p. 335 ss.

⁵ In argomento, si veda M. DEIANA, *Gli oneri di pubblico servizio nel trasporto aereo*, in *Il nuovo diritto aeronautico. In ricordo di Gabriele Silingardi*, Milano, 2002.

stagionale, mediante il finanziamento statale degli obblighi di servizio pubblico, da considerarsi non come erogazione di denaro pubblico per lo svolgimento di un servizio pubblico, ma come “compensazione” del disavanzo economico che l’impresa sostiene al fine di assicurare il servizio. Tale compensazione deve essere offerta dallo Stato, a parità di condizioni, a tutti i vettori disponibili a svolgere il servizio stesso.

La conclusione di un contratto di servizio pubblico e l’imposizione di un obbligo di servizio pubblico costituiscono lo strumento con il quale lo Stato può sovvenzionare il vettore che svolge il servizio in questione, compensandolo delle perdite subite a causa dell’anti economicità del servizio stesso.

Il compenso deve essere quello minimo necessario per assicurare il servizio secondo gli standard qualitativi e quantitativi richiesti. La stipulazione del contratto di servizio pubblico comporta l’individuazione di un solo vettore che dovrà svolgere il servizio attraverso una procedura ad evidenza pubblica che garantisca i principi di trasparenza e libera concorrenza. L’imposizione di un obbligo di pubblico servizio comporta l’erogazione di una somma – necessaria a rendere economicamente possibile la gestione di un regolare servizio di trasporto – a tutti i vettori disponibili a svolgere quest’ultimo secondo condizioni qualitative e di efficienza predeterminate. In ogni caso, il compenso non deve eccedere il disavanzo specificamente imputabile al servizio e non deve rappresentare un generico finanziamento all’impresa beneficiaria.

3.1 Sicilia ed isole minori

Le isole di Pantelleria e Lampedusa, rientrano tra i territori periferici ed in via di sviluppo. Le rotte in questione sono caratterizzate da una bassa densità di traffico e sono considerate essenziali per lo sviluppo economico e sociale del Territorio.

L’imposizione di oneri di servizio pubblico (OSP) sui collegamenti da e per Pantelleria e Lampedusa è giustificata dal fatto che le predette isole sono territori geograficamente svantaggiati ed in condizioni di estrema perifericità. I collegamenti marittimi, infatti, non sono una valida alternativa a quelli aerei, sia per la distanza da percorrere via mare sia perché soggetti alla frequente variabilità delle condizioni meteo marine.

I servizi aerei in regime di OSP, pertanto, permettendo di assicurare per tutto l’anno collegamenti regolari, consentono la mobilità della popolazione locale che necessita di andare, per esempio per esigenze sanitarie, scolastiche, burocratiche ecc., da Pantelleria e Lampedusa verso i principali capoluoghi siciliani e di rientrare in giornata nelle stesse. In ordine al contenuto del servizio affidato come SIEG si fa presente che:

- fino al 30 giugno 2018 i collegamenti in OSP tra la Sicilia e le sue isole minori erano quattro:
- Lampedusa – Palermo e vv.
- Lampedusa – Catania e vv.
- Pantelleria – Palermo e vv.
- Pantelleria – Trapani e vv.

Detti servizi sono stati regolamentati dal decreto d’imposizione n. 5 del 15 gennaio 2014 e sono stati eserciti in esclusiva e con compensazione finanziaria dal 01.07.2017 al 30.06.2018 dal vettore Mistral Air S.r.l. Per il contenuto del SIEG, pertanto, si rinvia all’allegato tecnico dell’anzidetto provvedimento pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana – serie generale n. 34 - dell’11 febbraio 2014;

- a partire dal 1° luglio 2018 sono entrati in vigore i nuovi OSP di cui al decreto ministeriale n. 550 del 28 novembre 2017 e ss.mm., pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana – serie generale n. 299 del 23 dicembre 2017. Il provvedimento ha onerato oltre le predette rotte Lampedusa – Palermo e vv., Lampedusa – Catania e vv, Pantelleria – Palermo e vv., Pantelleria – Trapani e vv. anche la rotta Pantelleria -Catania e vv. Le cinque rotte sono operate, dal 1° luglio 2018 dal vettore Danish Air Transport A/S.
- attualmente è in corso la gara per la nuova aggiudicazione

3.2 Sicilia OSP

Con decreto Ministeriale del 21.06.2017 il Ministro dei Trasporti ha imposto gli oneri di servizio pubblico su alcune rotte da e per gli aeroporti di Trapani e Comiso.

Il decreto si è reso necessario per assicurare la continuità territoriale aerea siciliana attraverso servizi aerei che siano adeguati, regolari, continuativi e da svolgersi con voli di linea. Gli oneri di servizio sarebbero diventati obbligatori il 29 marzo 2020 (il termine è stato poi posticipato a seguito della pandemia).

In particolare saranno soggette a oneri di servizio pubblico le rotte da Comiso a Roma Fiumicino e Milano Linate e viceversa, da Trapani a Trieste, Brindisi, Parma, Ancona, Perugia e Napoli e viceversa.

Per ogni singola tratta il vettore dovrà garantire all’utenza frequenze minime, orari e un numero minimo di posti. Il decreto prevede anche le tariffe massime da applicare per tutto l’anno su ciascuna rotta onerata, sia per i residenti in Sicilia che per i non residenti.

Per assicurare la continuità territoriale da e per gli aeroporti di Comiso e Trapani si è stimato un fabbisogno finanziario massimo complessivo di 48.373.020,30 euro, di cui 31,057 milioni di euro a carico dello Stato e 17,315 milioni a carico della Regione Siciliana, indispensabile per far fronte agli obblighi di compensazione nell’eventualità si debba procedere all’aggiudicazione del servizio per il triennio tramite gare pubbliche, per mancata presentazione di accettazione da parte di un vettore senza compensazione e senza diritti di esclusiva.

Le tratte sono state aggiudicate ai vettori Albastar e Tayanjet con alterne vicende. In particolare il vettore Tayanjet è fallito e, pertanto le tratte da e per Comiso previste dal decreto di imposizione degli oneri non sono state più effettuate, mentre Albastar sta svolgendo il servizio sulle rotte da e per l’aeroporto di Trapani anche se attualmente sono in corso delle trattative per addivenire ad una risoluzione consensuale della convenzione stipulata tra ENAC e la compagnia anche a seguito dell’esito della sentenza del Consiglio di Stato che ha dichiarato illegittimo il decreto di imposizione degli oneri per difetto di istruttoria.

3.3 Sicilia aiuto a carattere sociale

La legge di bilancio 2020 (articolo 1, commi 705-709) è intervenuta in materia di continuità territoriale aerea con la Sicilia, nonché sulla procedura per l’imposizione di oneri di servizio pubblico per tale regione. Il Decreto Ministeriale n. 561 del 4.12.2020 il Ministro dei Trasporti, dando attuazione a tale previsione, ha previsto un aiuto a carattere sociale ai sensi dell’articolo 107, paragrafo 2, lettera a) del TFUE per l’acquisto di biglietti aerei sulle rotte nazionali da e per gli scali di Palermo e Catania.

In questo caso il passeggero in possesso di determinati requisiti (cittadini residenti nella Regione Sicilia, che effettuano il viaggio da e per gli aeroporti di Catania o di Palermo su tutte le rotte dell'Unione Europea, appartenenti ad almeno una delle seguenti categorie: studenti universitari fuori sede per viaggi di collegamento con la sede del proprio Ateneo; disabili gravi ai sensi dell'articolo 3, comma 3, della legge 5 febbraio 1992 n. 104; lavoratori dipendenti con sede lavorativa al di fuori della Regione Siciliana e con reddito lordo annuo non superiore a 25.000 euro, per il collegamento con tale sede; utenti del servizio di trasporto aereo per ragioni sanitarie, con reddito lordo annuo non superiore a 25.000 euro, per viaggi di collegamento con la località in cui devono sottoporsi a ricoveri, accertamenti e cure sanitarie) possono accedere ai servizi web del sito www.siciliavola.it e richiedere buoni sconto per l'acquisto di biglietti aerei presso le compagnie aeree aderenti all'iniziativa (di seguito "esercenti"), con uno sconto del 30% sulla tariffa base⁶. Purtroppo anche in questo caso il meccanismo predisposto non ha raggiunto gli obiettivi prefissati: a fronte di uno stanziamento per il triennio 2020-2022 di circa 75 milioni di euro ne sono stati spesi, al mese di novembre 2022, solo circa 700.000!

3.4 Sardegna

La condizione di insularità della Sardegna, infatti, limita fortemente le opportunità di collegamento della stessa con il resto dell'Italia attribuendo al trasporto aereo un ruolo fondamentale e privo di valide alternative comparabili considerato che l'unica altra modalità di collegamento con il resto dell'Italia è il trasporto marittimo. Le rotte CT1 sono da considerarsi essenziali in quanto consentono di collegare le predette città sarde con Roma e Milano, centri di eccellenza sanitaria nonché importanti centri sul piano politico amministrativo (Roma), economico-finanziario (Milano)⁷.

Inoltre, il collegamento con gli Hub nazionali di Roma Fiumicino e di Milano Linate consente all'utenza l'agevole accesso ai vari luoghi d'interesse di dette città e di usufruire di molteplici servizi di trasporto per raggiungere altre città in Italia ed all'estero.

Si riportano di seguito i decreti ministeriali che hanno disciplinato gli oneri negli ultimi 10 anni:

- decreto ministeriale 21 febbraio 2013, n. 61
- decreto ministeriale 8 agosto 2018, n. 367
- decreto ministeriale 21 novembre 2018, n. 483
- decreto ministeriale 11 aprile 2019, n. 140
- decreto ministeriale 21 febbraio 2020, n. 87
- decreto ministeriale 14 settembre 2021, n. 357
- decreto ministeriale 25 novembre 2021, n. 466
- decreto ministeriale 25 gennaio 2022 n.18

Attualmente il regime è disciplinato dal D.M. 25.11.2021, come modificato dal D.M. 25 gennaio 2022 che prevede l'imposizione degli oneri sulle seguenti tratte:

- Alghero – Roma Fiumicino e viceversa
- Cagliari – Roma Fiumicino e viceversa
- Olbia – Roma Fiumicino e viceversa

⁶ Per tariffa base si intende quella applicabile considerata al netto dei servizi aggiuntivi (cd "servizi ancillari").

⁷ Cfr. Studio della Regione Autonoma della Sardegna, predisposto dall'Università di Cagliari, CIREM, 2018, Allegato alla Delibera della Giunta Regionale n. 35/1 del 10 luglio 2018.

- Alghero – Milano Linate e viceversa
- Cagliari – Milano Linate e viceversa
- Olbia – Milano Linate e viceversa

Le gare sono state espletate alla fine del 2022 e sono risultati aggiudicatari:

- ITA per Cagliari /Roma e Milano e vv.;
- Aeroitalia per Olbia / Roma e Milano e vv.

Per le tratte Alghero / Roma e Milano e vv. non è stata presentata alcuna offerta ed attualmente è in corso una procedura di emergenza.

Successivamente all’aggiudicazione delle tratte da e per Olbia il vettore Volotea ha dichiarato di accettare gli oneri senza compensazione.

Per completare il quadro normativo, va ricordato che:

– La legge di bilancio per il 2020 (“Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2020 e bilancio pluriennale per il triennio 2020-2022”), articolo 1, comma 124, ha riconosciuto un contributo per ogni biglietto aereo acquistato da e per Palermo e Catania (per un onere complessivo non superiore a 25 milioni di euro) al fine di garantire “*un completo ed efficace sistema di collegamenti aerei da e per la Sicilia, che consenta di ridurre i disagi derivanti dalla condizione di insularità, e assicurare la continuità del diritto alla mobilità*”. L’art. 1, comma 705, ha introdotto una modifica all’art. 135 (art. 135, Continuità territoriale per la Sicilia) della legge 23 dicembre 2000 n. 388, prevedendo che “*Entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d’intesa con il Presidente della Regione siciliana, indice una conferenza di servizi*” (secondo comma) e che “*Qualora nessun vettore accetti l’imposizione degli oneri di servizio pubblico di cui al comma 1, lettera a), il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, d’intesa con il Presidente della Regione siciliana, provvede all’affidamento mediante gara di appalto secondo la procedura di cui all’articolo 17 del regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio del 24 settembre 2008*” (quarto comma).

– Con la legge di bilancio per il 2023 (legge 29 dicembre 2022 n. 197, recante “Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2023 e bilancio pluriennale per il triennio 2023-2025” commi 484-*novies* e 484-*decies*), è istituito il Fondo per garantire un completo ed efficace sistema di collegamenti aerei da e per la Sicilia e da e per la Sardegna, finalizzato ad assicurare la piena attuazione al principio di insularità di cui all’art. 119, sesto comma, Cost., introdotto dalla legge costituzionale n. 2 del 2022. La stessa legge (commi 806-814) istituisce il Fondo nazionale per il contrasto agli svantaggi derivanti dall’insularità, con una dotazione di 2 milioni per ciascuno degli anni 2023, 2024 e 2025, nonché una Commissione bicamerale per il contrasto agli svantaggi derivanti dall’insularità che si occuperà di monitorare gli effetti dell’insularità sulla vita dei cittadini^{8,9,10}.

⁸ G. ARMAO, *Condizioni di insularità ed oneri di servizio pubblico aereo*, in *GIURETA – Rivista di Diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente*, Vol. XVIII, 2020, p. 37 ss.

⁹ G. BENELLI, *Insularità, trasporti aerei e continuità territoriale*, in *DPCE Online*, Vol. 60, n. 3, 2023.

¹⁰ A. PATANÈ, *Il rilievo costituzionale della normativa sulla “continuità territoriale” in materia di trasporto aereo dopo la modifica dell’art. 119 Costituzione*, in *Federalismi.it*, n. 24, 2023.

4. La giurisprudenza sui decreti di imposizione degli oneri di servizio pubblico

Il Consiglio di Stato (Sez. V, sentenza 11 ottobre 2022 n. 8683)¹¹ ha recentemente ribadito come la realizzazione di oneri di servizio pubblico, in tema di garanzia della c.d. continuità territoriale aerea, sottostia inderogabilmente alla rigorosa disciplina dell'ordinamento UE, come sancita nel regolamento CE n. 1008/2008 e come specificata negli Orientamenti interpretativi della Commissione Europea (2017/C 194/01).

In particolare, in forza dell'art. 16 (Principi generali per gli oneri di servizio pubblico), comma 1, del reg. (CE) n. 1008/2008: *“Previa consultazione con gli altri Stati membri interessati e dopo aver informato la Commissione, gli aeroporti interessati e i vettori aerei operanti sulla rotta, uno Stato membro può imporre oneri di servizio pubblico riguardo ai servizi aerei di linea effettuati tra un aeroporto comunitario e un aeroporto che serve una regione periferica o in via di sviluppo all'interno del suo territorio o una rotta a bassa densità di traffico verso un qualsiasi aeroporto nel suo territorio, qualora tale rotta sia considerata essenziale per lo sviluppo economico e sociale della regione servita dall'aeroporto stesso. Tale onere è imposto esclusivamente nella misura necessaria a garantire che su tale rotta siano prestati servizi aerei di linea minimi rispondenti a determinati criteri di continuità, regolarità, tariffazione o capacità minima, cui i vettori aerei non si atterrebbero se tenessero conto unicamente del loro interesse commerciale. I criteri specifici imposti sulla rotta oggetto dell'onere di servizio pubblico sono stabiliti in modo trasparente e non discriminatorio”*.

Inoltre, ai sensi del par. 3 della stessa norma, *“Nel valutare la necessità e l'adeguatezza di un onere di servizio pubblico previsto lo Stato membro tiene conto o gli Stati membri tengono conto: a) dell'equilibrio tra l'onere previsto e le esigenze in materia di sviluppo economico della regione interessata; b) della possibilità di ricorrere ad altre modalità di trasporto e dell'idoneità di queste ultime a soddisfare il concreto fabbisogno di trasporto, in particolare nel caso in cui i servizi ferroviari esistenti servano la rotta prevista con un tempo di percorrenza inferiore a tre ore e con frequenze sufficienti, coincidenze e orari adeguati; c) delle tariffe aeree e delle condizioni proposte agli utenti; d) dell'effetto combinato di tutti i vettori aerei che operano o intendono operare sulla rotta di cui trattasi”*.

Nel dare doverosa applicazione a tale normativa (che in quanto contenuta in un regolamento UE è caratterizzata dalla diretta applicabilità negli ordinamenti nazionali e dal primato rispetto al diritto interno eventualmente contrastante) il Consiglio di Stato ha chiarito che:

– alla luce degli Orientamenti interpretativi della Commissione (particolarmente il par. 1 (Introduzione) laddove è riconosciuta la stretta connessione tra incremento della connettività e aumento della crescita, dell'occupazione e della coesione sociale di un territorio) è corretto affermare che gli oneri di servizio pubblico devono costituire un volano per lo sviluppo economico e sociale di una regione – mentre non possono essere imposti con l'obiettivo di sviluppare o rilanciare un particolare aeroporto o sostenere un particolare vettore aereo;

– il giudice amministrativo può sempre autonomamente sindacare il rispetto delle condizioni e presupposti per gli oneri di servizio pubblico previsti dal regolamento 1008/2008, indipendentemente dalla eventuale presa di posizione favorevole della Commissione europea rispetto alla scelta del governo nazionale.

¹¹ A. CECERE, *Continuità territoriale: i criteri per l'imposizione degli oneri di servizio pubblico nel trasporto aereo nella recente ricostruzione della giurisprudenza amministrativa*, in *Dir. pol. traspr.*, n. 1, 2023, p. 64 ss.

– viene sottolineato che nell'imposizione dell'onere di servizio pubblico gli Stati devono altresì rispettare i criteri di necessità e di adeguatezza, in forza del quale è compito degli Stati, tra l'altro, accertarsi che sulla rotta prescelta nessun vettore aereo, per tener conto del proprio interesse commerciale, sia disposto a garantire il servizio aereo di linea minimo con criteri di continuità, regolarità, tariffazione o capacità minima.

In particolare, nel caso di specie, sindacare la scelta di imporre oneri di servizio pubblico in relazione a rotte in partenza e in arrivo all'aeroporto di Trapani, è stato riconosciuto che la stessa poteva astrattamente apparire congrua in relazione alla situazione di isolamento geografico e alla condizione di depressione economica che affligge l'area trapanese.

Tuttavia, tali condizioni "ambientali" risultano necessarie ma non sufficienti nella prospettiva del diritto eurounitario, il quale richiede un ulteriore test sulla necessità ed adeguatezza delle rotte prescelte.

Nel caso di specie, nel confermare la decisione del TAR Lazio (Sezione Terza, sentenza 23 novembre 2021 n. 12045), appellata dal Ministero per le Infrastrutture e da ENAC, il Consiglio di Stato ha riaffermato l'illegittimità del provvedimento impugnato per difetto di istruttoria e carenza di motivazione, in quanto con riferimento *"agli aeroporti di destinazione, non emergono ragioni sufficienti a dire che fosse necessario imporre oneri di servizio pubblico proprio sulle rotte scelte, né che si sia così promosso lo sviluppo economico e sociale della regione"*.

Conclusivamente, emerge quindi che l'amministrazione nazionale che intenda procedere a imposizione di oneri di servizio pubblico risulta gravata, oltre che da specifici oneri procedurali rispetto alla loro assegnazione a uno o più vettori (conformemente ai principi di trasparenza e non discriminazione) ai pregnanti oneri motivazionali circa il rispetto dei presupposti stabiliti dal regolamento n. 1008/2008 CE e specificati dai relativi orientamenti interpretativi della Commissione, sia per quanto concerne le finalità di sviluppo di area depressa che le caratteristiche dell'area da assistere che infine il superamento del "test" di necessità e adeguatezza con riferimento alle rotte onerate. Il giudice amministrativo rivendica la pienezza del proprio sindacato sull'assolvimento di tale onere motivazionale alla luce della normativa europea, sindacato che di per sé non subisce limitazioni nemmeno per effetto dell'assenso prestato dalla Commissione UE alla decisione nazionale sub iudice.

5. Criticità del sistema di imposizione degli oneri di servizio pubblico

Dall'esperienza maturata negli ultimi anni è emerso come il modello utilizzato per garantire il diritto alla mobilità dei cittadini delle isole attraverso l'imposizione degli oneri di servizio pubblico non risulta essere più attuale.

La mancata partecipazione alle gare da una parte e gli eccessivi ribassi rispetto alle compensazioni proposte o addirittura le accettazioni degli oneri senza compensazioni evidenziano la necessità di valutare nuove soluzioni.

Le principali critiche ricevute dai vettori rispetto ai bandi riguardano principalmente i servizi aerei minimi da garantire e sono riassumibili come segue:

- a. Eccessiva rigidità nella programmazione dei voli
- b. Eccessiva rigidità nell'applicazione della tariffa
- c. Imposizione di servizi "non essenziali"
- d. Mancata "imposizione" dei costi dell'handling
- e. Compensazioni non sufficienti

a. Eccessiva rigidità nella programmazione dei voli

Una delle principali criticità evidenziate dalle compagnie aeree è quella della rigidità imposta sulla programmazione dei voli. Come noto uno degli obiettivi che lo stato membro si pone nell'imposizione dell'OSP è quello di garantire la possibilità di una andata ed un ritorno in giornata verso l'aeroporto ritenuto "core" rispetto le esigenze dei cittadini isolani.

Di fatto tale previsione impone al vettore nella pianificazione dell'operativo di basare un aeromobile sull'isola. Si aggiunga, altresì, che in alcuni caso si richiedono voli in determinate fasce della giornata che determinano l'impossibilità di utilizzare gli aeromobili per più rotazioni anche verso altre destinazioni: di fatto il modello perfetto nell'ottica del cittadino isolano sarebbe quella di un aeromobile "navetta" tra l'isola ed il continente. Tale idea è stata esplorata dalla Regione Sardegna con il bando del 2017 con il quale per la tratta Cagliari/Roma e vv. veniva richiesta una frequenza tale che per essere operata si sarebbero dovuti dedicare ad essa in esclusiva due aeromobili!

b. Eccessiva rigidità nell'applicazione della tariffa

L'eccessiva rigidità della tariffa di fatto impedisce ai vettori di attuare politiche di incentivazione attraverso le modulazioni tariffarie impendendo di fatto l'incremento del traffico passeggeri su dette rotte. Allo stesso tempo i cittadini beneficiari lamentano il fatto che contrariamente a quanto avviene su altre tratte gli stessi non possono beneficiare di tariffe scontate anche se vincolate a determinate condizioni.

c. Imposizione di servizi "non essenziali"

I servizi aerei di linea minimi vengono definiti in relazione agli attributi minimi di continuità, frequenza, capacità e tariffa che i servizi sulle rotte essenziali devono possedere per essere adeguati a soddisfare le esigenze di mobilità dei cittadini delle isole senza creare condizioni di discriminazioni rispetto gli altri.

La UE non dà indicazioni cogenti su come definire un servizio aereo di linea minimo, lasciando, anche nell'ultima comunicazione in merito agli orientamenti interpretativi al regolamento CE 1008/2008, agli Stati membri un certo margine di discrezionalità nel decidere sugli attributi che caratterizzano un servizio minimo purché l'obbligo sia non discriminatorio e proporzionale.

Sicuramente questo approccio deriva dalla consapevolezza che definire il livello di servizio minimo standard per una regione, in particolare periferica ed insulare, che assegna al trasporto aereo molte delle sue chance di connettività e sviluppo e che può svolgere un ruolo strategico per garantire condizioni di accessibilità interregionale accettabili, è un compito non semplice per le implicazioni di natura sia politica ed economica che questa scelta riveste.

Purtroppo l'individuazione dei servizi minimi a livello locale ha comportato, in alcuni casi, una domanda di voli ed un sistema tariffario, con annessi servizi ancillari, eccessivamente rigido che si è scontrato con le esigenze imprenditoriali dei vettori aerei¹².

¹² Cfr. G. PRUNEDDU, *Riflessioni sul regime di continuità territoriale aerea della Sardegna ai tempi del coronavirus*, in *GIURETA – Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, Vol. XIX, 2021, p. 1 ss.

d. Mancata “imposizione” dei costi dell’handling

Un ulteriore fattore di incertezza sui costi del servizio che può incidere sulla attrattività di un onere di servizio pubblico riguarda la mancata quantificazione con contestuale imposizione dei costi dei servizi di assistenza a terra¹³.

e. Compensazioni non sufficienti

Un benchmark rispetto gli altri paesi UE che presentano condizioni di insularità evidenziano come lo stato italiano sia quello che meno investe nel settore degli oneri di servizio pubblico aereo¹⁴:

Isola	Residenti	Dotazione annuale	€/residente per anno
Sardegna	1.640.000	41,7 mln € (Cifra relativa al periodo ottobre 2022-settembre 2024)	25,4 €/res.
Sicilia (isole minori)	14.038	18,5 mln € (2023)	1.316,98 €/res.
Sicilia	4 806 738	38,5 mln € (2020)	8 €/res.
Baleari	1.107.220	200 mln € (2019)	180,6 €/res.
Corsica	339.178	84,3 mln € (2020)	248,5 €/res.

Alcuni studiosi hanno, tuttavia, evidenziato come la liberalizzazione porti a una maggiore instabilità tariffaria (che si manifesterebbe in un forte aumento delle tariffe in prossimità della data di partenza) e così colpisca negativamente i residenti delle isole diretti verso la terraferma (in assenza di alternative); al contrario, la liberalizzazione porterebbe un beneficio ai turisti e/o viaggiatori che si dovessero spostare per motivazioni discrezionali (non vincolate da orari) e avendo la possibilità quindi di prenotare con largo anticipo. La rimozione dei requisiti di frequenza e di programmazione oraria, avvertono i ricercatori, può generare anche una riduzione della capacità durante i mesi invernali e fuori della stagione di punta. Infatti, è possibile che, in alcuni casi, l’opportunità di disporre di un’offerta per viaggi di andata e ritorno giornalieri potrebbe persino scomparire a causa degli effetti combinati di ridotta redditività commerciale (vedi il caso del Cagliari Bologna dopo l’interruzione dell’imposizione degli OSP) e perdita di garanzie negli slot di partenza e di arrivo negli aeroporti di Roma Fiumicino e Milano Linate. I ricercatori arrivano pertanto alla conclusione che, per quanto a prima vista l’imposizione di OSP sulle rotte tra la Sardegna e la terraferma possa apparire inusuale, dato il volume del traffico, fattori pertinenti e imprescindibili dimostrano invece come sia necessario mantenere il quadro normativo previsto per gli OSP¹⁵.

¹³ Per un approfondimento sul tema si veda L. TULLIO, *Liberalizzazione dell’handling e servizio pubblico*, in AA. VV., *Continuità territoriale e servizi di trasporto aereo*, cit., p. 49-59.

¹⁴ Continuità territoriale aerea: “Una proposta alternativa per la Sardegna” a cura di Gianfranco Fancello e Roberto Devoto, relazione presentata al Meet Forum, Alghero, 29-30 aprile 2022.

¹⁵ Cfr. M. M. COMENALE PINTO, *Bande orarie e continuità territoriale*, in *Riv. dir. nav.*, 2019.

6. Il contratto di co-marketing quale strumento per incentivare voli

L'evoluzione del mercato e la stretta cooperazione tra aeroporti e compagnie aeree, infatti, hanno gradualmente aperto la strada a un'ampia varietà di pratiche commerciali, tra le quali figurano contratti a lungo termine che prevedono tariffe differenziate e talvolta importi considerevoli versati dagli aeroporti o dalle autorità locali a compagnie aeree a titolo di incentivi e sostegno alla commercializzazione. In particolare, possono essere erogati a compagnie aeree fondi pubblici destinati al sostegno di operazioni aeroportuali allo scopo di attirare un maggior traffico commerciale, falsando in tal modo i mercati del trasporto aereo.

La Commissione Europea ha osservato come aiuti ben concepiti potrebbero essere utilizzati per correggere le criticità del mercato e a favorire obiettivi di interesse comune unionale, evitando lo spreco di risorse pubbliche. In effetti gli aiuti di Stato possono, a determinate condizioni, correggere le lacune del mercato, migliorandone il funzionamento e rafforzando la competitività. Inoltre, quando il funzionamento dei mercati, seppur efficiente, è ritenuto insoddisfacente sotto il profilo della politica di coesione, gli aiuti di Stato possono essere utilizzati per ottenere risultati più auspicabili e più equi. Tuttavia gli aiuti di Stato possono avere effetti negativi, come falsare la concorrenza tra imprese e incidere sugli scambi tra Stati membri in misura contraria all'interesse dell'Unione¹⁶.

Il controllo degli aiuti di Stato nel settore aeroportuale e in quello del trasporto aereo dovrebbe pertanto promuovere un utilizzo corretto delle risorse pubbliche per politiche orientate alla crescita, limitando al contempo quelle distorsioni di concorrenza che impedirebbero pari condizioni di concorrenza nel mercato interno, in particolare evitando la duplicazione di aeroporti non redditizi nello stesso bacino di utenza e la creazione di eccessi di capacità.

Proprio al fine di attuare tali indicazioni, l'art. 13, commi 14 e 15, della legge 21 febbraio 2014 n. 9, ha fissato dei principi per l'erogazione congruente di risorse pubbliche a favore dei vettori aerei prescindendo da qualunque considerazione sulla natura giuridica (pubblicistico/privatistica) dei soggetti beneficiari e/o erogatori. Tali principi sono poi stati attuati attraverso le linee guida adottate dal Ministero dei Trasporti con Decreto 11 agosto 2016 n. 275¹⁷.

Tra gli strumenti contrattuali utilizzati dai gestori aeroportuali per incentivare i collegamenti da parte dei vettori aerei si contraddistingue il contratto di co-marketing.

Il contratto di co-marketing¹⁸ è un contratto atipico attraverso il quale due o più operatori, privati o pubblici, svolgono in partnership una serie d'iniziative di marketing (organizzate, programmate, controllate) al fine di raggiungere obiettivi di marketing (comuni o autonomi ma tra loro compatibili), attraverso la soddisfazione dei consumatori. Rispetto a questa definizione gli elementi caratterizzanti del contratto di co-marketing sono:

¹⁶ Decisione (UE) 2015/1584 della Commissione del 1 ottobre 2014 relativa all'aiuto di Stato SA.23098 (C 37/07) (ex NN 36/07) cui l'Italia ha dato esecuzione a favore di Società di Gestione dell'Aeroporto di Alghero So.Ge.A.AL S.p.A. e di vari vettori aerei operanti sull'aeroporto di Alghero.

¹⁷ Cfr. Audizione del 12 luglio 2022, innanzi la Commissione Trasporti della Camera del Presidente ENAC, Avv. Pierluigi Di Palma.

¹⁸ S. CHERUBINI, G. IASEVOLI, *Co-marketing. Tipologie, potenzialità, applicazioni*, relazione al Convegno *Le tendenze del marketing in Europa*, Università Ca' Foscari, Venezia, 24 novembre 2000.

- presenza di più di un operatore e coinvolgimento di tutti in un'operazione che può prevedere anche attività indipendenti ma necessariamente coordinate e reciprocamente accettate;
- sviluppo di una partnership, vale a dire si persegue un risultato a somma maggiore di zero in cui tutti i partner ottengono un vantaggio anche se non omogeneamente ripartito;
- presenza di varie iniziative che, ancorché talvolta a tempo definito, devono essere consapevolmente organizzate, programmate, controllate;
- presenza di obiettivi di marketing comuni o anche diversi tra i vari partner, ma in ogni caso tra loro compatibili;
- innalzamento del valore offerto e della customer satisfaction (dare di più a meno) attraverso la cooperazione.

I contratti di co-marketing sono ritenuti legittimi nel momento in cui: contribuiscono in misura apprezzabile, da una prospettiva *ex ante*, alla redditività dell'aeroporto. L'aeroporto deve dimostrare che al momento di concludere un accordo con una compagnia aerea (per esempio un contratto individuale o un regime complessivo di diritti aeroportuali) è in grado di coprire tutti i costi derivanti dall'accordo per tutta la durata dello stesso, con un ragionevole margine di profitto¹⁹ sulla base di sane prospettive di medio termine.

La Commissione ha ritenuto il contributo di co-marketing compatibile con il mercato interno ai sensi degli artt. 106 e 107 del trattato, e qualificabile come finanziamento pubblico di servizi di interesse economico generale (SIEG) a condizione che siano soddisfatti i seguenti requisiti cumulativi:

- a) contributo a un obiettivo ben definito di interesse comune: un aiuto di Stato deve avere un obiettivo di interesse comune in conformità all'articolo 107, paragrafo 3, del trattato;
- b) necessità di un intervento statale: una misura di aiuto di Stato deve essere destinata a una situazione in cui può determinare un miglioramento tangibile che il mercato da solo non è in grado di fornire, ad esempio per porre rimedio a una criticità del mercato o per risolvere questioni in materia di equità o coesione;
- c) idoneità della misura di aiuto: la misura di aiuto deve essere uno strumento politico adeguato per conseguire l'obiettivo di interesse comune;
- d) effetto di incentivazione: l'aiuto deve essere tale da modificare il comportamento delle imprese interessate spingendole a intraprendere un'attività supplementare che non svolgerebbero senza l'aiuto o svolgerebbero soltanto in modo limitato, con diverse modalità o altrove;
- e) proporzionalità dell'aiuto (aiuto limitato al minimo): l'aiuto deve essere limitato al minimo indispensabile per stimolare investimenti o attività supplementari nella regione interessata;
- f) assenza di effetti negativi indebiti sulla concorrenza e gli scambi tra Stati membri: gli effetti negativi dell'aiuto devono essere sufficientemente limitati, in modo che l'impatto complessivo della misura sia positivo;

¹⁹ Un margine di profitto ragionevole è un tasso "normale" di remunerazione del capitale, ovvero un tasso di rendimento che verrebbe richiesto da una società tipo per un investimento di rischio analogo. Il rendimento è misurato come tasso di rendimento interno ("IRR") sui flussi di cassa previsti prodotti dall'accordo con la compagnia aerea.

g) trasparenza dell'aiuto: gli Stati membri, la Commissione, gli operatori economici e il pubblico interessato devono poter accedere facilmente a tutti gli atti e informazioni pertinenti in merito all'aiuto concesso.

Qualora il contributo di co-marketing fosse utilizzato per avviare nuove rotte (Aiuto di avviamento a favore di compagnie aeree) saranno necessarie ulteriori condizioni quali:

- i. rotte devono riguardare un aeroporto con meno di 3 milioni di passeggeri l'anno;
- ii. necessità di un piano industriale *ex ante* che preveda che la rotta, dopo tre anni, abbia acquistato prospettive di redditività per la compagnia aerea senza necessità di finanziamento pubblico.

La Commissione prevede, altresì, la possibilità di derogare ad alcune condizioni di cui sopra nel caso in cui si tratti di aiuti sociali.

Gli aiuti a carattere sociale per i servizi di trasporto aereo sono considerati compatibili con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107, paragrafo 2, lettera a), del trattato, a condizione che siano soddisfatti i seguenti requisiti cumulativi:

- i. l'aiuto deve essere effettivamente a favore di consumatori finali;
- ii. l'aiuto deve avere un carattere sociale, ossia deve, in linea di principio, riguardare solo alcune categorie di passeggeri che viaggiano su una tratta (ad esempio bambini, persone con disabilità, persone con basso reddito, studenti, persone anziane). Tuttavia, nel caso in cui la rotta in questione serva a collegare aree remote, regioni ultraperiferiche, isole, e aree scarsamente popolate, l'aiuto potrebbe riguardare l'intera popolazione della regione interessata;
- iii. l'aiuto deve essere concesso senza discriminazioni per quanto riguarda l'origine dei servizi, vale a dire indipendentemente dalle compagnie aeree che effettuano i servizi in questione.

La verifica della compatibilità degli incentivi alle compagnie aeree è stata parzialmente sospesa e/o attenuata in considerazione degli effetti economici e sociali provocati dall'epidemia da COVID-19 nonché dalla crisi ucraina. Con la Comunicazione della Commissione "Temporary framework for State aid measures to support the economy in the current COVID-19 outbreak - COM 2020/C 91 I/01", gli Stati membri sono stati autorizzati ad adottare aiuti al tessuto economico in deroga alla disciplina ordinaria sugli aiuti di Stato. Il Temporary Framework è stato esteso ed integrato molte volte. Da ultimo il 9 novembre 2022, con la Comunicazione 2022/C 426/01, è stata approvata una ulteriore proroga del Quadro fino al 31 dicembre 2023. Contestualmente, la Commissione Europea ha avviato la revisione della disciplina non emergenziale sugli aiuti di Stato, valevole per il nuovo periodo programmatico 2021-2027.

7. Giurisprudenza comunitaria sui contributi co-marketing della Regione Sardegna

La Corte di Giustizia dell'Unione Europea (Sentenza 17 novembre 2022, Cause riunite C-331/20 P, C-343/20 P) è stata chiamata in causa per verificare se la legge n. 10/2010 della Regione Sardegna – ed i successivi atti di esecuzione – prevedevano un complesso di strumenti mediante i quali si introduceva la possibilità di concedere alle società di gestione degli aeroporti della Sardegna un finanziamento per lo sviluppo di rotte aeree di collegamento con l'isola.

La Commissione UE aveva deciso che le misure della legge regionale, in base alle quali poteva essere concesso un finanziamento alle società di gestione degli aeroporti della Sardegna per lo sviluppo di rotte aeree di collegamento con l'isola, costituivano aiuti di

Stato illegali e incompatibili con il mercato interno. Le società Volotea e EasyJet, oltre ad altre compagnie aeree, che erano beneficiarie di tali aiuti per le loro attività relative agli aeroporti di Cagliari-Elmas e di Olbia, avevano presentato ricorso per l'annullamento della decisione della Commissione UE e tali ricorsi erano stati respinti dal Tribunale il 13 maggio 2020.

Nella sentenza, la Corte ricorda che dalla sua giurisprudenza costante risulta che un siffatto vantaggio sussiste in presenza di qualsiasi misura statale che, indipendentemente dalla forma e dagli obiettivi, sia atta a favorire direttamente o indirettamente una o più imprese rispetto alla situazione in cui si troverebbero in condizioni normali di mercato: nel caso di specie, la Corte constata che, nelle sentenze impugnate, il Tribunale non ha verificato se la Commissione avesse adempiuto, nella decisione controversa, l'obbligo ad essa incombente di stabilire se i contratti di prestazione di servizi stipulati tra le società di gestione aeroportuale e le compagnie aeree costituissero normali operazioni di mercato. Infatti, esso ha giudicato, erroneamente, che il principio dell'operatore privato in economia di mercato non fosse applicabile in quanto la regione aveva perseguito obiettivi di interesse pubblico e agito tramite società di gestione aeroportuale che erano imprese private. Inoltre, il Tribunale è incorso in errori di diritto nel ritenere che Volotea e EasyJet dovessero essere considerate beneficiarie di un "vantaggio", per il motivo che la remunerazione che era stata versata loro in applicazione dei contratti che esse avevano stipulato con le società di gestione degli aeroporti di Cagliari-Elmas e di Olbia non costituiva il corrispettivo di servizi che soddisfacevano effettive necessità per la regione e che detti contratti erano stati inoltre stipulati senza la previa attuazione di una procedura di gara o di una procedura equivalente.

8. Giurisprudenza comunitaria sull'affidamento diretto nei servizi ferroviari

Nell'ottica di individuare precedenti che possano giustificare il superamento del principio della gara per l'assegnazione di rotte in regime di continuità territoriale si segnala la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (decima sezione) del 24 ottobre 2019, causa c-515/18.

La sentenza ha statuito che *“le autorità nazionali competenti che intendano procedere all'aggiudicazione diretta di un contratto di servizio pubblico di trasporto di passeggeri per ferrovia non sono tenute, da un lato, a pubblicare o comunicare agli operatori economici potenzialmente interessati tutte le informazioni necessarie affinché essi siano in grado di predisporre un'offerta sufficientemente dettagliata e idonea a costituire oggetto di una valutazione comparativa e, dall'altro, ad effettuare una siffatta valutazione comparativa”*.

La statuizione si basa sulle seguenti considerazioni. Il regolamento 1370/2007 si prefigge di definire un quadro giuridico per le compensazioni e/o i diritti di esclusiva per i contratti di servizio pubblico e non di realizzare un'ulteriore apertura del mercato. L'articolo 2, lettera h), di tale regolamento definisce l'“aggiudicazione diretta” come l'“aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico senza che sia previamente esperita una procedura di gara dei servizi ferroviari”.

Il legislatore comunitario ha, pertanto, previsto un regime particolare per lo sviluppo dei collegamenti ferroviari in particolar modo per quelli per i quali è necessario prevedere un regime di compensazioni e/o esclusive proprio in considerazione del fatto, un regime che prevede la possibilità di un affidamento diretto all'operatore attraverso una trattativa

privata. C'è da chiedersi se tale possibilità possa essere trasferita al settore del trasporto aereo nel momento in cui il mercato non è in grado di assicurare il servizio.

9. Superare i limiti dei contratti di co-marketing per garantire la continuità territoriale

Come abbiamo visto, la possibilità di utilizzare i contratti di co-marketing per incentivare rotte aeree è fortemente limitata dalle condizioni imposte dalla Commissione Europea. Anche se la stessa Commissione ha già previsto delle semplificazioni in caso di aiuti sociali, c'è da chiedersi se tali limiti possono essere del tutto superati in caso di limitazioni dovute alle condizioni di insularità che necessitano di essere superate attraverso la garanzia della continuità territoriale.

La norma cardine del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) è l'art.174, secondo cui l'UE *“sviluppa e prosegue la propria azione intesa a realizzare il rafforzamento della sua coesione economica, sociale e territoriale”*, al fine di promuovere uno sviluppo armonioso dell'insieme dell'Unione. L'intento della politica di coesione è quello di ridurre il divario tra i livelli di sviluppo delle varie regioni e il ritardo delle regioni meno favorite. Il terzo paragrafo, che elenca le regioni interessate da detta politica, menziona anche le *“regioni insulari”*, in quanto territori *“che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici”*. Sul tema si segnala la Risoluzione del Parlamento europeo del 4 febbraio 2016 sulla condizione di insularità (2015/3014(RSP))²⁰. Nell'atto di indirizzo, il Parlamento sottolinea l'importanza di migliorare i collegamenti attraverso i servizi di trasporto aereo anche attraverso la riduzione della tassazione e la semplificazione amministrativa per attrarre gli investimenti.

Analoghi principi sono stati enunciati dal Comitato Europeo delle regioni. In particolare, nel corso della 123^a sessione plenaria dell'11 e 12 maggio 2017, nel parere su *“L'imprenditorialità nelle isole: il contributo alla coesione territoriale”*, il Comitato richiama l'esigenza di una politica di coesione nei riguardi delle isole, inserendosi nel solco tracciato dal Parlamento europeo nella citata Risoluzione.

La questione dell'insularità è stata affrontata anche dal gruppo interregionale *“regioni insulari”*, operante nell'ambito del medesimo Comitato. In tale contesto è stato approvato il cosiddetto manifesto per le isole europee, documento contenente specifiche proposte

²⁰ Il documento sollecita, fra l'altro, la Commissione dell'UE: i) a fornire una definizione chiara del tipo di svantaggi geografici, naturali e demografici permanenti che le regioni insulari possono presentare con riferimento all'articolo 174 TFUE; ii) a spiegare come intende dare attuazione al disposto dell'articolo 174 TFUE relativamente agli svantaggi permanenti delle regioni insulari; iii) a riconoscere l'importanza di predisporre misure di sostegno per contrastare il significativo trend di spopolamento delle regioni insulari; iv) ad avviare un'analisi sui costi supplementari che la condizione di insularità determina a livello dei sistemi di trasporto di persone e merci e dell'approvvigionamento energetico nonché in termini di accesso al mercato, in particolare per le PMI; v) a istituire una categoria omogenea, composta dai territori insulari, e a tener conto di altri indicatori statistici, oltre al PIL, in grado di riflettere la vulnerabilità economica e sociale conseguente agli svantaggi naturali permanenti; vi) a porre in essere un *“Quadro strategico dell'Unione per le isole”*, al fine di collegare gli strumenti suscettibili di produrre un impatto significativo sul territorio; vii) a istituire uno *“sportello isole”* collegato alla Direzione generale della Politica regionale e urbana della Commissione e per coordinare e analizzare le tematiche connesse alle regioni insulari; viii) a presentare una comunicazione contenente una *“Agenda per le regioni insulari dell'UE”* e, a seguire, un Libro bianco che monitori lo sviluppo delle regioni insulari; ix) a tener conto della situazione specifica delle regioni insulari in sede di preparazione della proposta relativa al quadro finanziario pluriennale in elaborazione.

per l'effettiva attuazione dell'art. 174 del TFUE al fine di garantire i diritti dei cittadini che abitano nelle isole. Le iniziative e le misure auspicate sono in continuità (oltre che con la posizione già espressa dal Comitato) con la citata risoluzione del Parlamento europeo. In particolare si sottolinea, fra l'altro, la necessità di aiuti di Stato più flessibili per le imprese del trasporto aereo in tali territori insulari, data la loro totale dipendenza da questi mezzi di trasporto.

Sembrerebbe, pertanto, che vi siano tutte le condizioni necessarie per superare le limitazioni previste dagli orientamenti sugli aiuti di stato sui contratti di co-marketing attraverso il principio di insularità che, fra l'altro, con la legge Costituzionale 7 novembre 2022 n. 2 ha assunto il rango di principio costituzionale²¹.

10. Le principali clausole nei contratti di co-marketing

Ammissa in via concettuale la possibilità di utilizzare i contratti di co-marketing senza limiti per garantire la continuità territoriale, c'è da chiedersi quali siano le clausole contrattuali che potrebbero essere utilizzate, in una negoziazione con i vettori, per garantire il diritto alla mobilità nel rispetto dei limiti posti dalla finanza pubblica.

10.1 Price Cap

La Commissione UE, Comunicazione Orientamenti interpretativi relativi al regolamento (CE) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, Oneri di servizio pubblico (OSP (2017/C 194/01) ha prevista la possibilità di imporre “*prescrizioni relative alle tariffe massime*”. In particolare laddove ritenuto necessario, in quanto le tariffe sarebbero altrimenti eccessive rispetto al contesto delle esigenze economiche della regione interessata, si può prevedere un OSP che si limiti a determinare “*un prezzo massimo*”. Tale meccanismo sembrerebbe applicabile anche ai contratti di co-marketing.

10.2 Risk sharing

Attraverso questa clausola il gestore ed il vettore concordano la riduzione del contributo in caso di risultati della tratta al di sopra di quanto preventivato. Ad esempio se si era preventivato un contributo di x euro a passeggero in caso di un minimo di passeggeri se tale numero minimo di passeggeri venisse superato proporzionalmente verrebbe ridotto il contributo.

10.3 Numero minimo di frequenze

Nel contratto possono prevedersi un numero minimo di frequenze giornaliere/settimanali.

10.4 Incentivi per passeggeri

Il gestore aeroportuale eroga un importo economico unitario per passeggero partente originante adulto generato dalla nuova rotta. Tale contributo è riconosciuto per un periodo di 2 anni solari dal primo giorno di operatività della rotta oggetto di supporto, differenziato per stagioni IATA Summer e Winter, e con valori unitari decrescenti al secondo anno, come di seguito specificato:

²¹ Cfr. Intervento dell'Avv. Pierluigi Di Palma, Presidente dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile, al Convegno “Collegati o Sconnessi?”, organizzato da Confcommercio e Federalberghi Sud Sardegna presso il T-Hotel, Cagliari, 17 dicembre 2022.

€ per Passeggero Partente Originante Adulto			
	Stagione IATA	Anno 1	Anno 2
Destinazioni non servite UE	Summer	10 €	8 €
	Winter	13 €	11 €
Destinazioni non servite Extra UE	Summer	15 €	10 €
	Winter	20 €	15 €

L'ammontare del supporto sarà consuntivato al termine di ogni stagione IATA quale prodotto tra lo specifico importo economico unitario ed il numero di passeggeri partenti originanti adulti.

La relativa erogazione sarà subordinata a:

a. mantenimento della capacità: i posti offerti sul Sistema Aeroportuale della Capitale dal vettore richiedente, al netto della nuova rotta oggetto di supporto, non dovranno essere inferiori:

- 1) per la stagione IATA Summer, ai posti offerti dal vettore sul Sistema Aeroportuale nel corso della Baseline A;
- 2) per la stagione IATA Winter, ai posti offerti dal vettore sul Sistema Aeroportuale nel corso della Baseline B;

b. regolarità operativa: almeno l'80% dei voli pianificati sulla nuova rotta oggetto di supporto dovranno essere regolarmente operati per ogni stagione IATA;

c. regolarità dei pagamenti delle tariffe aeroportuali e di ogni corrispettivo da riconoscere al gestore aeroportuale.

11. Conclusioni

Da quanto sopra è evidente che il modello basato su una procedura di gara per l'assegnazione delle rotte in continuità territoriale è ormai superato in quanto poco attraente per i vettori.

Vi è, pertanto, la necessità di individuare uno strumento più elastico per "convincere" i vettori ad operare su tali tratte.

Dall'esame della normativa e della giurisprudenza nazionale e comunitaria e delle prassi in essere si evince come una procedura negoziata sia quella che, consentendo una trattativa diretta con il vettore, garantirebbe il giusto equilibrio tra le esigenze dei cittadini e quelle del vettore nel rispetto dei limiti imposti dalla finanza pubblica. Inoltre l'individuazione di un unico negoziatore nazionale per contrattare con i vettori garantirebbe una maggiore efficacia ed efficienza.

È di tutta evidenza che la "procedura negoziata" si scontrerebbe con i rigidi parametri dettati dal reg. UE 1008/2008 e dagli orientamenti sugli aiuti di Stato agli aeroporti e alle compagnie aeree (2014/C 99/03) ma come sopra descritto vi sono i margini per poter avviare un confronto con la Commissione UE sulla base dei seguenti presupposti:

- art. 174 Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea: "*garantisce un'attenzione particolare [...] alle regioni che presentano gravi e permanenti svantaggi naturali o demografici, quali [...] le regioni insulari*";
- art. 119 Costituzione Italiana: promuove le misure necessarie a rimuovere gli svantaggi derivanti dall'insularità.

– art. 2 regolamento UE n. 1370/2007: riconosce la possibilità, in ambito ferroviario, di aggiudicazione di un contratto di servizio pubblico a un determinato operatore di servizio pubblico senza che sia previamente esperita una procedura di gara. Di conseguenza in presenza di principi costituzionali nazionali e comunitari così delineati ed un precedente in ambito ferroviario sembrerebbero esservi i presupposti per poter procedere nel senso sopra descritto.

Si sottolinea, altresì, come la capacità negoziale dei gestori aeroportuali potrà essere sempre più forte attraverso processi di consolidamento delle governance aeroportuali così indicato nella bozza di Piano Nazionale degli Aeroporti²² elaborato da ENAC e presentato al Ministero dei Trasporti nel 2022 che delinea le cosiddette Reti Aeroportuali e affermato da autorevole dottrina²³ che ritiene che ad un processo di consolidamento del mercato dei vettori aerei deve corrispondere un contestuale consolidamento del mercato dei gestori aeroportuali.

²² Consultabile alla seguente pagina Internet: <https://www.mit.gov.it/nfsmitgov/files/media/notizia/2022-10/Piano%20Nazionale%20degli%20Aeroporti.pdf>.

²³ Intervento del Prof. S. PALEARI al Convegno “Verso nuovi equilibri?”, organizzato a Palermo il 3 ottobre 2023 dal centro ICCSAI Transport and Sustainable Mobility dell’Università di Bergamo.

Recensioni

**Yolanda Bustos Moreno, La irrupción de los drones
(sistemas de aeronaves no tripuladas, UAS) y la
responsabilidad civil
El futuro de los UAS autónomos
Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños:
Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón /
coord. por Joaquín Ataz López, José Antonio Cobacho
Gómez; Juan Roca Guillamón (hom.), Adolfo Díaz-
Bautista Cremades (aut.), Vol. 1, 2021, ISBN 978-84-
1346-259-2, p. 889-950**

Giuseppina Agata Di Guardo

Dottoranda di ricerca in Scienze Giuridiche e Politiche presso l'Università degli Studi Guglielmo Marconi di Roma; in precedenza Visiting Researcher presso l'International Institute of Air and Space Law dell'Università di Leiden. Avvocato presso la Regione Siciliana

Il libro è un saggio, composto da quattro sezioni principali, che risulta incentrato su una materia, quale quella della responsabilità civile degli *Unmanned Aircraft Systems (UAS)*, o nel linguaggio comune droni, che presenta profili di notevole interesse e che risulta ancora non definita in modo uniforme e, dunque, attualmente in via di evoluzione al livello regolatorio europeo.

Ciò è dovuto in parte alla sua complessità giuridica e tecnica intrinseca, in parte alla difficoltà di disciplinare uniformemente tale materia a causa dei differenti regimi vigenti nei diversi Paesi dell'Unione europea, in relazione soprattutto ai profili di collisione in volo tra i veicoli in questione e tra questi e altri aeromobili, su cui manca, appunto, una specifica disciplina eurounitaria. Da qui l'interesse dell'Autrice per la ricostruzione di questo ambito, ancora poco esplorato.

Al fine di entrare nel cuore della specifica trattazione, la medesima tratta inizialmente alcuni profili di inquadramento fondamentali per il settore, quali quelli della normativa in una materia che è prodromica rispetto alla questione della responsabilità civile, ossia la *safety* (con esposizione dettagliata delle varie categorie operative di matrice europea di aperta, specifica e certificata) e la sua sistemazione entro un quadro più ampio, che è quello della cornice sociale ed economica in cui si vanno a collocare tali velivoli, i quali

negli ultimi anni sono stati oggetto di una ascesa davvero dirompente nella molteplicità di usi civili che ne sono stati effettuati.

Nel primo paragrafo, infatti, sono introdotti, con lungimiranza rispetto ad una loro sicura valenza futura, gli UAS autonomi, ossia quelli progettati per volare autonomamente, accanto agli attuali velivoli senza pilota a pilotaggio remoto (*Remotely Piloted Aircraft Systems – RPAS*), che tecnicamente sono quelli autorizzati dalla normativa ICAO a volare nello spazio aereo non segregato.

L'Autrice, in modo molto pertinente, afferma che occorrerebbe parlare di differenti gradi di automazione, distinguendo tra quest'ultima qualità e l'autonomia, ed evidenziando come, grazie allo sviluppo dell'intelligenza artificiale (AI), il concetto di velivolo autonomo senza pilota sia peraltro già preso in considerazione dall'*acquis* comunitario, (ad esempio, nell'articolo 2.17 del regolamento (UE) 2019/947, il quale prevede la nozione di "operazione autonoma", definendola: "un'operazione durante la quale un aeromobile senza equipaggio opera senza che il pilota remoto sia in grado di intervenire"), anche se attualmente risulta presente ad uno stato essenzialmente progettuale.

La tecnologia dovrebbe, infatti, raggiungere il cosiddetto livello 5 di completa automazione (nel quale il drone si controlla da solo in ogni circostanza senza attendere l'intervento umano) attraverso diverse metodologie di AI come, a titolo esemplificativo, quella di apprendimento automatico, per potersi avere UAS perfettamente autonomi in grado di gestire eventuali situazioni di emergenza impreviste ed imprevedibili in uno spazio aereo non controllato.

La disciplina europea, comunque, in termini di responsabilità, e considerando in via prevalente le situazioni di UAS pilotati a distanza, attribuisce al pilota remoto la responsabilità di supervisionare la rotta del velivolo onde modificarla in qualsiasi momento al fine di evitare collisioni con altri aeromobili o cadute su persone in superficie. Ecco che, quindi, l'Autrice introduce la piattaforma *U-space*, progettata e introdotta con i regolamenti (UE) 2021/664, 2021/665 e 2021/666 per ottenere una gestione autorizzata del traffico degli UAS accanto all'aviazione con equipaggio con lo scopo in prospettiva di fornire una mobilità connessa, più digitale ed automatizzata, soprattutto alla luce delle iniziative di *smart mobility* presenti ormai in molte città europee.

Soffermandosi, successivamente, sul composito quadro normativo europeo relativo ai profili di *safety* e di *security*, che sono ritenuti di tutela preventiva, nonché con interessanti spunti (presenti nel paragrafo 3 della prima sezione) relativi alle problematiche che gli UAS sono suscettibili di cagionare alla privacy, alla protezione dei dati e all'ambiente, l'Autrice viene a rilevare, invece, la carenza di regolazione armonizzata con riguardo ai profili di trattamento della responsabilità civile e dei correlati obblighi assicurativi.

Pur avendo già dal 2013 la Commissione europea commissionato alcuni studi in vista della necessità di redigere un testo armonizzato nell'ambito della responsabilità civile, la medesima ha poi rinunciato alla sua emanazione, a causa della mancanza di volontà in tal senso da parte delle autorità nazionali (o forse proprio, diremmo qui, per lasciare loro spazio in questa delicata materia, secondo alcuni autori o, ancora, per la mancanza di dati relativi al numero di incidenti o inconvenienti causati da UAS, circostanza che avrebbe dissuaso le l'iniziale interesse normativo degli organismi europei).

Tuttavia, l'Autrice sottolinea criticamente questa "lacuna" in vista del prevedibile aumento delle controversie nel prossimo futuro, essendo presente nel citato regolamento (UE) 2019/947 [all'articolo 12 c)] solo un generico richiamo alla dichiarazione effettuata dall'operatore UAS, in cui si conferma che l'operazione prevista è conforme alle norme

nazionali e dell'Unione applicabili, in particolare per quanto riguarda la responsabilità civile e la necessità di assicurazione.

Secondo l'Autrice, pertanto, a fronte di tale contesto non regolato al livello europeo in modo armonizzato ed uniforme, l'unica soluzione risulterebbe quella di applicare ai problemi di responsabilità civile insorgenti dalla circolazione degli UAS la legge spagnola sulla navigazione aerea del 1960 (*Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea*, la cosiddetta LNA). Quest'ultima disciplina è stata sviluppata per disciplinare la responsabilità civile degli aeromobili con equipaggio, ma è applicabile anche a quelli senza pilota a bordo ed è stata riformata recentemente con il *Real Decreto-ley 26/2020, de 7 de julio, de medidas de reactivación económica para hacer frente al impacto del COVID-19 en los ámbitos de transportes y vivienda*.

Ecco che, dunque, al di là della applicabilità della Convenzione di Roma del 1952 (che peraltro non ha trovato molte ratifiche), in relazione ai danni causati a terzi in territorio spagnolo dall'azione diretta di UAS (in superficie e in caso di collisione in aria con altri velivoli con equipaggio) registrati in Spagna, nonché per un aeromobile straniero, proveniente da un Paese non contraente della Convenzione di Roma per il quale viene ritenuto applicabile il diritto spagnolo in virtù delle norme di diritto internazionale privato, la LNA (nei suoi articoli da 119 a 124) risulterà la norma appropriata, poiché allo stato non esiste, appunto, un adeguato *corpus* normativo europeo in proposito.

La seconda sezione del lavoro si sofferma, quindi, sulla trattazione della responsabilità civile declinata in senso oggettivo e limitato, nonché sul regime di responsabilità assicurativa obbligatoria ed anch'essa limitata, effettuando una interessante ed esaustiva esposizione, con riferimenti ad alcune delle corrispondenti previsioni presenti nelle legislazioni di differenti Paesi europei e non (quali Germania, Italia, Francia, Stati Uniti e Australia).

In particolare, delineando il quadro normativo di riferimento, l'Autrice esplica la giustificazione della scelta nella LNA di un modello di responsabilità di tipo oggettivo a causa della pericolosità potenziale (e dei connessi rischi) delle differenti attività che con gli UAS sono suscettibili di essere esercitate (quali, ad esempio, consegna di medicinali in aree estreme, semina ed impollinazione di terreni, logistica e trasporto in zone pericolose, *etc.*). Allo stesso tempo viene rilevato come una tale scelta si presenti anche in linea con l'opzione prevista dalla Proposta di regolamento europeo sulla responsabilità civile per l'AI per i settori che implementano sistemi di AI ad alto rischio, come gli UAS autonomi.

L'Autrice effettua, poi, una approfondita analisi della cornice normativa prevista in materia di obblighi assicurativi, ponendo in evidenza l'importanza di richiedere, da parte della disciplina europea, almeno l'identificazione a distanza, in forma digitale, di quasi tutte le classi di UAS e l'obbligo di stipula dell'assicurazione di responsabilità civile.

Tuttavia, la stessa nota come il sistema di assicurazione previsto insieme dalle fonti europee e da quelle nazionali risulta basato su parametri concepiti per i grandi aeromobili con equipaggio, con emersione di conseguenti possibili disparità di trattamento. Risulta chiaro, infatti, che gli eventuali danni causati a terzi, nel complesso, saranno molto più bassi e saranno prevedibilmente coperti nella loro interezza quando un incidente si verifica nell'ambito di un'operazione di categoria aperta.

In questa prospettiva, la medesima Autrice suggerisce di prendere in esame l'opportunità di fondare i differenti livelli di risarcimento su un unico parametro, ossia la massa massima al decollo (MTOM), anche in considerazione della nuova classificazione europea (aperta, specifica e certificata).

Risulta, inoltre, trattato in modo analitico il profilo del rischio quale criterio di imputazione della responsabilità per l'esercizio di attività con UAS, ai sensi delle specifiche previsioni della LNA e del codice civile spagnolo, con un riferimento anche agli standard di *due diligence* richiesti all'operatore e al pilota remoto (se presente), a seconda della categoria operativa di riferimento, rilevando come siano in corso studi dell'EASA in relazione alle misure di sicurezza da richiedere per operazioni e sistemi operanti nella categoria certificata, che è quella prevista per le operazioni ad alto rischio (ad es. trasporto di persone o merci pericolose).

Infine, l'Autrice declina in modo esauriente le diverse responsabilità dei differenti soggetti coinvolti nell'ambito delle operazioni con UAS, approfondendo in particolare modo (e con riferimenti comparatistici alle normative francese e tedesca) la responsabilità dell'operatore, quale soggetto ritenuto responsabile dell'operazione sotto il profilo della *safety* e della *security* e sul quale grava, peraltro, ai sensi del plurimenzionato regolamento (UE) 2019/947, l'onere di adottare idonee misure di protezione e sicurezza contro eventuali interferenze illecite nella traiettoria degli UAS, che possono determinare attacchi informatici intenzionalmente condotti per provocare danni.

In conclusione, la monografia si pone come un valido contributo nel panorama degli studi sugli *Unmanned Aircraft Systems*, finalizzato ad approfondire un settore, quale quello della responsabilità civile, che si prospetta sempre più cruciale per garantire adeguati livelli di *safety*, se si pensa agli sviluppi della *Urban Air Mobility* (UAM), che abbraccerà, nelle intenzioni della Commissione europea (si veda la Strategia europea 2.0 per i droni), non solo il trasporto passeggeri tramite aerotaxi, ma anche servizi essenziali come il trasporto di sangue, organi, monitoraggio del traffico e sicurezza pubblica ad un livello avanzato, con l'obiettivo di fare degli UAS i vettori della mobilità intelligente e sostenibile del futuro.

Promossa da:

demetra
CENTRO STUDI